



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA
GRADO EN DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO VIOLENCIA DE GÉNERO

Autor: Jesús Moreno Garríguez

Tutora: Prof^a Dra. Gabriela Alexandra Oanta Oanta

CURSO 2017/2018

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
ANTECEDENTES DE HECHO	4
INTRODUCCIÓN	6
I. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y POSIBLES SANCIONES A IMPONER.....	7
1. ACOSO.....	7
2. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS	9
3. TENTATIVA DE ASESINATO	14
4. DESISTIMIENTO.....	16
5. LESIONES	20
6. SANCIONES A IMPONER.....	25
II. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO	27
III. CUESTIONES PENITENCIARIAS: GRADO DE TRATAMIENTO Y CENTRO DE DESTINO	34
1. GRADO DE TRATAMIENTO.....	34
1.1. Régimen de los establecimientos penitenciarios	37
1.2. Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (F.I.E.S)	38
1.3. Procedimiento de clasificación inicial.....	39
1.4. Conclusión	40
2. CENTRO DE DESTINO.....	41
CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	47
1. DOCTRINA	47
2. TEXTOS LEGALES	48
3. SENTENCIAS.....	48
4. FUENTES EN INTERNET.....	50

ABREVIATURAS

Art(s).	Artículo(s)
AAPP	Administraciones Públicas
AP	Audiencia Provincial
BA	Bandas Armadas
CD	Control Directo
CE	Características Especiales
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
DSM-5	Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales.
F.I.E.S	Ficheros de Internos de Especial Seguimiento
FS	Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de Instituciones penitenciarias
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria
NA	Narcotraficantes
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RP	Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario
S	Sentencia(s)
SGIP	Secretaría General de Instituciones Penitenciarias
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

ANTECEDENTES DE HECHO.

Adriano E y Agripina D. vivían en un inmueble situado en Arévalo, municipio donde está destinado Adriano como Cabo primero de la Guardia Civil; junto con su hija de 3 años, tras llevar casados 10 años. El día 20 de noviembre de 2016, con motivo de una fuerte discusión con su mujer, Adriano E. se traslada a vivir a casa de sus padres al municipio de Espinar de los Caballeros, con la intención de tomarse un tiempo separados. Agripina, por su parte, se queda a vivir en el domicilio conyugal con su hija.

Con el paso de los días y sin haber resuelto la situación problemática que envolvía a la pareja, Agripina contrata al letrado Germán P. Este, el día 2 de diciembre de 2016, remite a Adriano una carta certificada en la que indica la voluntad de su cliente de divorciarse. Asimismo, insta a Adriano a iniciar las negociaciones oportunas para establecer de común acuerdo la disolución de la sociedad de gananciales, así como el régimen de custodia de la hija en común.

Tras recibir esta comunicación, Adriano, obsesionado con recuperar a su mujer y que ésta se retracte en la solicitud del divorcio, desde el día 3 de diciembre de 2016 hasta el día 15 de junio de 2017, se dedicó a enviarle numerosos mensajes de WhatsApp a diario. Al principio le proponía, insistentemente, una reconciliación y retomar la relación, a lo que Agripina se negaba continuamente. Con el paso de los meses, la desesperación iba creciendo en Adriano: a partir de marzo, pretendía controlar todo lo que su expareja hacía. Le pedía por mensajes que le informara en todo momento de dónde se encontraba y en qué compañía, incluso le llegó a preguntar si estaba acompañada de algún hombre. En ocasiones, la seguía hasta lugares que ella solía frecuentar y simulaba encontrarse con ella de casualidad. Le pedía que “le diese una última oportunidad” y Agripina en todo momento respondía que dejase de enviarle mensajes. El día 14 de abril, Adriano le envió a Agripina una foto de ésta en un restaurante, acompañada de un amigo en la que incluyó el siguiente texto: “Sé en todo momento dónde y con quién estás”.

El día 15 de abril, Agripina bloqueó el número de teléfono de Adriano. Éste continuó contactando con ella a través de la aplicación de mensajería de la red social Facebook, creando un perfil falso.

Finalmente, el día 7 de septiembre por la mañana, Adriano contactó con la madre de Agripina para que ésta le trasladase a su hija que él estaba arrepentido de su comportamiento durante los últimos meses. Asimismo, le solicitó verse con Agripina en el domicilio conyugal ese día para poder recoger unas pertenencias y llevar un regalo a la hija de ambos. Agripina accedió.

A las 18:00 h, del día 7 de septiembre de 2017, Adriano acudió al domicilio conyugal y se dirigió a la habitación del antes matrimonio para recoger algunas de sus pertenencias. Al terminar, se dirigió al salón, donde se encontraban su mujer y su hija viendo la televisión. Aprovechando que Agripina estaba de espaldas, le disparó dos tiros con su arma reglamentaria, sin mediar palabra.

Uno de los disparos impactó en el omóplato derecho de Agripina y el segundo le provocó una lesión bronco-pulmonar de carácter grave. Justo después de disparar, Adriano realizó dos llamadas: la primera a los servicios de urgencias informando de que su mujer estaba herida de gravedad. La segunda llamada la dirigió al Comandante del puesto de la Guardia Civil de Arévalo, al que comunicó lo siguiente: “he hecho una tontería, una tontería muy grande”.

Adriano, Cabo primero de la Guardia Civil, había estado de baja laboral durante los meses de diciembre de 2016 y julio de 2017, por un síndrome ansioso relativo al estrés laboral y por presentar un trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa. Por tal motivo le fue retirada su arma reglamentaria durante el periodo de baja laboral. En julio de 2017, Adriano se reincorpora en su puesto de trabajo, tras recibir el alta médica y se le repone el arma reglamentaria. El médico dispone que no se efectúe ningún seguimiento médico de su estado psíquico.

CUESTIONES:

1. Realice la calificación jurídica de los hechos descritos y determine las posibles sanciones a imponer.
2. Analice la posibilidad de atribuir al Estado la responsabilidad civil subsidiaria, por el empleo del arma reglamentaria por parte del Cabo primero de la Guardia Civil, Adriano E.
3. Determine las cuestiones penitenciarias relacionadas con el grado de tratamiento y centro de destino, derivadas de una posible condena a pena de prisión del Cabo primero de la Guardia Civil.

INTRODUCCIÓN

La violencia de género es una lacra que afecta a nuestra sociedad. Tan sólo en el año 2017, 29.008 mujeres fueron víctimas de este tipo de violencia según datos del Instituto Nacional de Estadística¹, representando esto solo la parte visible del problema.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) la define así: “Violencia contra las mujeres es todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga, o pueda tener como resultado, un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se produce en la vida pública o privada” Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. (Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993)².

Tal y como se recoge en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

Esta violencia no se limita, como ha sido señalado previamente, a la violencia física, si no que comprende todo acto de violencia física y psicológica contra las mujeres por el mero hecho de serlo, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

En este caso se analizará, desde una perspectiva penal y estrictamente sujeta a Derecho, las conductas que puedan resultar típicas derivadas de una situación de violencia de género, así como sus futuras repercusiones: se discernirá si ha habido responsabilidad civil subsidiaria del Estado, debido a ser el acusado Guardia Civil y haber realizado los disparos con el arma reglamentaria, así como, finalmente, las cuestiones penitenciarias derivadas de una posible condena.

Este caso brinda la oportunidad de apreciar no solo una, si no las dos facetas de esta situación, comprendiendo tanto una violencia psicológica, como, más adelante, física.

Para calificar estas conductas y dar respuesta a las cuestiones planteadas en el caso nos serviremos principalmente de tres fuentes: Textos legales, principalmente la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Jurisprudencia asentada, que, si bien no puede ser fuente estricta del Derecho Penal debido a la sujeción de este al principio de legalidad, complementará al ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley y, por último, también atenderemos a artículos y libros elaborados por la doctrina que puedan servir de ayuda y aportar luz al caso.

¹http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176866&menu=ultiDatos&idp=1254735573206

² A/RES/48/104.

I. CALIFICACIÓN JURÍDICA Y POSIBLES SANCIONES A IMPONER.

A lo largo del caso se producen distintas conductas delictivas, cada una de ellas con su debida calificación jurídica, que deben ser examinadas.

El inicio del comportamiento delictivo se produce cuando Agripina, mujer de Adriano, decide presentar a Adriano una solicitud de divorcio, lo que deriva en el comienzo de una serie de comportamientos típicos en Adriano.

1. ACOSO.

La primera figura típica con la que nos encontramos es la de Acoso u hostigamiento persecutorio, del artículo 172 ter del Código Penal (CP en adelante). Que viene regulada de la siguiente forma en el Código Penal:

Artículo 172 ter.

1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Esta figura delictiva, conocida mayoritariamente como *stalking*, fue introducida por primera vez en la legislación penal española con la reforma del 2015. Esta modalidad delictiva ya se encontraba en otros ordenamientos internacionales y europeos. En efecto, esta figura ya se encontraba desde hacía tiempo en ordenamientos anglosajones. La primera ley *antistalking* se aprobó en California en 1990. La iniciativa se fue

extendiendo por los demás estados confederados hasta 1996 año en que ya existía legislación específica no solo en todos ellos, sino también un delito federal. Canadá, Australia, Reino Unido, Nueva Zelanda siguieron esa estela a la que se fueron sumando países de tradición jurídica continental: Alemania (*Nachstellung*), Austria (*behrliche Verfolgung*), Países Bajos, Dinamarca, Bélgica o Italia (*atti persecutori*). (Sentencia Tribunal Supremo, STS en adelante, de 8 de mayo de 2017 [Roj: STS 1647/2017]).³

Se trata de una figura “híbrida” entre las amenazas y las coacciones, que al no encontrar acomodo en ninguna de estas dos infracciones penales el legislador la creó *ex novo* regulándola en el mencionado art. 172 ter⁴, es decir, como modalidad específica de las coacciones genéricas, al ser el bien jurídico protegido contra el que atenta la libertad, aunque sin requerir en este caso la concurrencia del ejercicio de violencia por parte del sujeto activo, como si se requiere para el delito de coacciones.

La introducción de este nuevo delito se justificó en la exposición de motivos de la reforma del Código Penal de 2015 “por la necesidad de sancionar ciertos ataques graves contra la libertad del sujeto, como las persecuciones o vigilancias constantes, las llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento, que por no realizarse con violencia o mediante el anuncio expreso o tácito de un mal no permiten la aplicación de los tipos tradicionales de amenazas y coacciones”.

Es de vital importancia señalar que para apreciar este delito no basta con un mero comportamiento “molesto” por parte del sujeto activo, si no que se exige que el comportamiento del sujeto provoque una “grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana” del sujeto pasivo, de tal modo que las conductas de acoso o “stalking” llevadas a cabo “afecten al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo e incluso lugar de residencia y trabajo”⁵.

Se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos, incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana. Se exige por lo tanto una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima⁶.

Como vemos, esta descripción encaja perfectamente con el comportamiento de Adriano, que se dedica a enviar WhatsApp a su expareja a diario y de forma reiterada, pese a que ella le pide que deje de hacerlo, y cuando ella el 15 de abril le bloquea en el WhatsApp, él sigue enviándole mensajes a diario a través de un perfil falso de la aplicación de mensajería de Facebook. También establece contacto con la madre de Agripina con la

³ CARMONA SALGADO, C.: *perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso: (aspectos criminológicos, político criminales, sustantivos y procesales)*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 101.

⁴ CARMONA SALGADO, C.: *perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso: (aspectos criminológicos, político criminales, sustantivos y procesales)*, *op.cit.*, p. 105.

⁵ Sentencia del Tribunal de primera instancia e instrucción nº3 de Tudela, de 23 de Marzo de 2016 (Roj: SJI 3/2016).

⁶ Sentencia Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2017 (Roj: STS 1647/2017).

intención de que le traslade las palabras de Adriano. constituye un intento de contacto mediante terceras personas. Esto encajaría en el tipo del Art. 172ter .2. (*Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.*)

Esto, que de por sí solo puede ser insuficiente para la apreciación de este delito, depende de si el Tribunal considera que esto altera gravemente la vida cotidiana de Adriana. Sí que pasó a convertirse claramente en un comportamiento delictual al avanzar la desesperación de Adriano y comenzar a seguir de forma reiterada e insistente a Agripina continuamente, pese a que ella le había manifestado rotundamente su voluntad de no seguir en contacto con él, llegando incluso a enviarle mensajes con tintes amenazadores como el de “sé en todo momento donde y con quién estás”. Lo que encajaría en el Art.172ter .1. (*La vigile, la persiga o busque su cercanía física.*)

La apreciación de estos dos comportamientos de forma simultánea, sí que conlleva en mi opinión, sin género de duda, un comportamiento delictivo de acoso y hostigamiento. Aunque, remarco, no basta solo con la conducta del sujeto activo, si no que se debe provocar en el sujeto pasivo con este comportamiento una grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana, afectando al proceso de formación de voluntad de la víctima y creando en ella una sensación de temor, intranquilidad o angustia.

2. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS.

Respecto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad, en primer lugar, debemos comprobar que no se encuentre bajo ninguna causa eximente de la responsabilidad criminal, recogidas en el art.20 del Código Penal. De entre todas ellas, la única que podría ser factible aplicar es la recogida en el apartado 1, dado que Adriano padece en el momento de la comisión del delito de un síndrome ansioso relativo al estrés laboral y presenta un trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa.

1.º El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Basándonos en el DSM-5⁷ (Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales) debemos conocer si los trastornos que padecía Adriano eran lo suficientemente graves como para que este no pudiese comprender la ilicitud del hecho cometido.

Para la apreciación de esta eximente, nos hallamos ante un sistema mixto (SSTS 18 de abril de 2006 [RJ 2006/2289], 19 de julio de 2004 [RJ 2004/6039] y 22 septiembre de 2003 [RJ 2003/7439]) en el cual han de concurrir un elemento o causa biológico-psiquiátrica -la anomalía o alteración psíquica- y uno psicológico -incapacidad de comprender la ilicitud del hecho-.

Es importante recalcar este último requisito, en palabras de la jurisprudencia: “la mera presencia de una anomalía o alteración psíquica puede ser irrelevante para la determinación de la imputabilidad de quien la padece”. “Es preciso además que el autor

⁷ El DSM-5 es el manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Editado por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría, es un sistema de clasificación de los trastornos mentales que proporciona descripciones claras de las categorías diagnósticas, con el fin de que los clínicos e investigadores de las ciencias de la salud puedan diagnosticar, estudiar e intercambiar información y tratar los distintos trastornos.

de la infracción penal, a causa de la alteración que sufre, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.” SSTS 836/2009 de 2 de julio de 2009 [LA LEY 125291/2009] y 490/2003, de 7 de abril [LA LEY 66997/2003] respectivamente⁸.

Atendiendo a esto, debemos aclarar las consecuencias que el síndrome ansioso relativo al estrés laboral y el trastorno adaptativo provocan en Adriano.

Respecto al primero de ellos, el síndrome ansioso relativo al estrés laboral se puede englobar dentro de los trastornos de ansiedad generalizada. Cuyas consecuencias son las siguientes:

- Ansiedad y preocupación excesiva.
- Dificultad para controlar la preocupación.
- Irritabilidad e inquietud.
- Tensión muscular.
- Problemas de sueño.
- Nervios de punta.

Todo esto causa “malestar clínicamente significativo o deterioro en lo social, laboral u otras áreas importantes”.

Por lo que respecta al trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa. Este comprende los siguientes síntomas:

- Malestar intenso desproporcionado a la gravedad o intensidad del factor de estrés.
- Deterioro significativo en lo social, laboral u otras áreas de funcionamiento.

Es decir, pese a que se produce un deterioro de determinadas áreas, en ningún momento es lo suficientemente grave, dado los síntomas, para alterar la percepción de Adriano acerca de la licitud y alcance de sus actos. Por lo que no se podrá aplicar esta eximente.

Siguiendo, por lo tanto, ahora que ya sabemos que el sujeto es plenamente imputable, con el resto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, nos encontramos con que cumple la circunstancia agravante del art. 172ter.2:

“Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173”

Siendo estas, respecto al tema que nos ocupa: *“quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia.”*

Como vemos no cabe ninguna duda respecto a la aplicación de este agravante ya que la persona ofendida es en este caso su expareja. Y dado que se aplica este agravante no será necesaria denuncia para perseguir este delito, si no que podrá investigarse de oficio.⁹

⁸ AL-FAWAL PORTAL, M: *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y enfermedad mental*. Bosch Editor. España, 2013, pp. 72 y 73.

⁹ El artículo 173ter en su apartado 2 señala que cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173 no será necesaria la denuncia del ofendido para la perseguibilidad de este delito.

En cuanto a las posibles atenuantes, estas están recogidas en el art. 21 del CP, de entre las cuales solo dos pueden entrar en discusión en este caso, la recogida en el apartado 1º:

1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

Es decir, debemos aquí valorar si se cumple algún requisito del apartado 1º del art. 20 CP.

La circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal prevista en el artículo 21.1 del Código Penal, resulta aplicable en los casos en que, cometido un delito, no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal establecidos en los distintos supuestos del artículo 20 CP, si no tan sólo alguno de ellos.

Para que pueda apreciarse de forma incompleta una causa de exención de la responsabilidad criminal es preciso que, faltando algún requisito no fundamental de la eximente, subsistan los que sustentan su base¹⁰.

La expresión “cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir...” viene a significar que no han de concurrir todos, pero sí algunos de dichos elementos¹¹.

Dado que la única circunstancia eximente aplicable al caso es la antes mencionada de anomalía o alteración psíquica que no permite conocer la ilicitud del hecho, debemos comprobar si, aunque no concurren todos los requisitos necesarios, concurre alguno de ellos.

Hemos visto antes que no se podía aplicar esta eximente ya que Adriano sí que era plenamente consciente de los hechos que estaba llevando a cabo y su alcance. Así que el otro elemento que nos queda por examinar es si, pese a ello, la anomalía o alteración psíquica eran lo suficientemente graves para poder actuar como eximente incompleta.

El Tribunal Supremo ha entendido en la STS 27 de Abril de 2000 (RJ 2000/7324) que al hablar de anomalía entendemos que “se trata de trastornos mentales de etiología psíquica u orgánica en los cuales se presenta desorganización profunda de la personalidad, alteraciones del juicio crítico y de la relación con la realidad, trastornos del pensamiento, ideas y construcciones delirantes y, frecuentemente, perturbaciones de la sensorio-percepción.”

Respecto a la alteración, es extremadamente ilustrativa la STS 20 de junio de 1997 (RJ 1997/4851) que explica lo siguiente:

“La alteración mental se mueve alrededor de tres situaciones distintas, a) la anulación absoluta de la voluntad y la inteligencia, que propiciaría la exención total de la responsabilidad, b) la disminución sensible de esas facultades intelectivas y volitivas, que en su caso originaría la eximente incompleta y c) la leve alteración anímica tanto en la capacidad de querer, fundamentadora de la simple atenuante por analogía.”

¹⁰ AL-FAWAL PORTAL, M: *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y enfermedad mental*, op. cit. pp. 150 y 151.

¹¹ SSTs 3 de octubre de 2005 [RJ 2005/7390] y 11 de noviembre de 2005 (RJ 2005/292).

Visto esto, hemos visto que los trastornos de Adriano no afectaban a sus facultades intelectivas y volitivas, por lo que no se podrá apreciar por lo tanto tampoco la eximente incompleta.

Cuestión distinta es la atenuante por analogía, recogida en el apartado 7º:

7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

La atenuante analógica se aplica en supuestos en los que el grado de afectación de la imputabilidad del sujeto no alcanza el correspondiente a, en nuestro caso, la eximente incompleta. Dado que considero que este es el único precepto con el cual se va a poder apreciar esta atenuante.

Así, la jurisprudencia reiterada del TS¹² dicta que cuando no concurren los presupuestos para apreciar la eximente completa o incompleta, pero se detecta una todavía menor intensidad de la imputabilidad, o cuando la disminución carece de intensidad siendo sus efectos leves o de menor incidencia en la imputabilidad del agente, se tomará en consideración como atenuante analógica¹³.

El tenor literal del precepto no exige para la aplicación de esta atenuante el parecido externo de las circunstancias en juego, si no solo la equivalencia de su significado. Puesto que el significado de las atenuantes es el disminuir el contenido de injusto del hecho, el grado de su imputación personal o la conveniencia de pena, cualquier aminoración de estos aspectos podría considerarse motivadora de la atenuante (SSTS 4 de octubre de 2004 [RJ 2004/5930] y 2 de abril de 2003 [RJ 2003/4917])¹⁴.

Hemos de tener en cuenta por lo tanto que, Adriano, pese a no tener sus capacidades intelectivas y volitivas sensiblemente afectadas, sí que se menciona en los síntomas de sus trastornos el “deterioro significativo en lo social, laboral u otras áreas de funcionamiento”, “ansiedad y preocupación excesiva”, “dificultad para controlar la preocupación” e “irritabilidad e inquietud” síntomas tales que, si bien no merecedores de una eximente completa o incompleta, sí que lo son de esta atenuante analógica, ya que esta interpretación estaría en concordancia con lo expuesto previamente en otras SSTS de que la alteración anímica puede fundamentar esta atenuante y, además, la presencia de estos síntomas disminuyen el contenido de lo injusto del hecho, dado el estado de Adriano, esto hace más “comprensible”, si bien nunca justificable, la actuación de persecución y acoso de Adriano.

Analizamos ahora la atenuante recogida en el apartado 3º:

3.ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

Primero habremos de explicar bien esta atenuante. Así, en la STS 3 mayo 1988 (RJ 1988,3450) se lee: “tanto en su manifestación emocional fulgurante y rápida -arrebato-

¹² SSTS de 6 de Julio de 1987 (TJ 1987/5173), 12 de mayo de 1989 (RJ 1989/4184), 6 de junio de 1990 (RJ 1990/5146) 26 de mayo de 1995 (RJ 1995/3953), entre otras.

¹³ FONSECA MORALES, G.M.: *La anomalía o alteración psíquica como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal*. Dykinson S.L., Madrid, 2009, pp. 59 y 60.

¹⁴ AL-FAWAL PORTAL, M: *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y enfermedad mental*, op. cit. pp. 153 y 154.

como en su modalidad pasional, de aparición más lenta, pero de mayor duración - obcecación- se precisa que haya en su origen un determinante poderoso de carácter exógeno o exterior y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de las facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente, o ambas, atendiendo tanto a las circunstancias objetivas del hecho como a las subjetivas que se aprecien en el infractor al tiempo de la ejecución, de manera que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto exceda del leve aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones; tales estímulos no han de ser repudiados por las normas socioculturales que rigen la convivencia social y deben proceder del precedente comportamiento de la víctima, con una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebat o obcecación, y una conexión temporal, si no inmediatos sí próximos, entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión.”¹⁵

Por lo que, en primer lugar, cabe diferenciar arrebat o obcecación. Arrebat o se dice cuando la reacción es momentánea y fulgurante, inmediata al estímulo, mientras que la obcecación tiene una mayor duración y permite el transcurso de un mayor lapso de tiempo respecto del estímulo¹⁶.

Por lo tanto, podemos descartar para el delito que nos ocupa, -acoso u hostigamiento- el arrebat o. Dado que este delito es continuado en el tiempo y exige por parte del actor reiteración e insistencia continuada a lo largo de un periodo de tiempo considerable.

Hay que analizar entonces si se puede apreciar la obcecación. Se requieren varios requisitos para poder apreciarla, como hemos visto en la STS anterior:

- Se precisa que haya en su origen un determinante poderoso de carácter exógeno o exterior y de entidad suficiente.¹⁷
- Que ese determinante exterior desencadene en el sujeto un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de las facultades psíquicas.
- Que el estímulo que lo provoque proceda del comportamiento de la víctima, existiendo así una relación de causalidad.
- Se establece, de igual forma, que entre la causa o el estímulo y la emoción o la pasión con la que se ha actuado tiene que existir una razonable conexión temporal.¹⁸
- Que la respuesta al estímulo “no sea repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia”.¹⁹
- Por lo tanto, no cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional.

Como vemos, se cumplen algunos de los requisitos de esta atenuante, como puede ser la conexión temporal o el perturbamiento de las capacidades del sujeto. Sin embargo, no

¹⁵ MORALES PRATS, F. TAMART SUMALIA, JM. GARCÍA ABELERO, R.: “*Comentarios al nuevo Código Penal*” (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.) Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p.221 y 222.

¹⁶ STS de 12 de diciembre de 2006 (Roj: STS 8460/2006).

¹⁷ STS de 1 de diciembre de 2004 (RJ 2005/466).

¹⁸ STS de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998/8084).

¹⁹ STS de 18 de octubre de 1999 (RJ 1999/7575).

se cumple un requisito esencial: que la respuesta al estímulo no sea repudiable atendiendo a las normas ético-sociales de la época.

En este caso, De acuerdo con la sentencia de 27 de noviembre de 2015 (Roj: STS 542172015), confirmando el criterio de otras anteriores: "los celos no constituyen justificación del arrebató u obcecación (STS 904/2007, de 8 de noviembre). El desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebató u obcecación (SSTS 1424/2004, de 1 de diciembre y 201/2007, de 16 de marzo)".

Es importante recalcar que el TS no ha entendido la existencia de atenuación en supuestos de ruptura sentimental²⁰, ya que el fin de una relación constituye una incidencia que debe ser admitida socialmente, si tenemos en cuenta que las relaciones entre los componentes de la pareja se desenvuelven en un plano de igualdad y plenitud de derechos que deben prevalecer en toda clase de relaciones personales²¹.

Todo esto nos lleva a concluir que no se podrá apreciar esta atenuante.

3. TENTATIVA DE ASESINATO.

La segunda y última conducta delictiva del sujeto es la propinación de dos disparos con su arma reglamentaria a Agripina. Impactando uno en el omóplato derecho de Agripina y el segundo provocando una lesión bronco-pulmonar de carácter grave.

Ante esta situación cabe preguntarse si se trata de, efectivamente, una tentativa de homicidio o asesinato, o si bien estamos ante un delito de lesiones.

Para discernir esta cuestión acudimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, en la STS nº 82/2009 (Roj; STS 278/2009), se establece que para distinguir el delito de homicidio del supuesto delito de lesiones cuando la víctima no ha fallecido como consecuencia de las heridas sufridas, es imprescindible saber si hay "ánimo o intención de matar" (animus necandi). Constituyendo esto el elemento subjetivo del delito de homicidio.

Este ánimo deberá constatar, principalmente, por medio de la modalidad probatoria de indicios, partiendo del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración del hecho.

Siguiendo la Sentencia mencionada anteriormente, STS nº 82/2009, "la inferencia del ánimo con que se ha llevado a cabo una acción potencialmente homicida, cuando sólo se han producido lesiones, puede realizarse sobre la base de múltiples datos objetivos entre los que cabe destacar, como especialmente significativos, el arma empleada por el agresor, la zona del cuerpo a que ha sido dirigida la agresión y la consiguiente idoneidad de las heridas ocasionadas para desencadenar un proceso que termine con la muerte del agredido". Al igual que se establece en otras sentencias del TS como las nº 1634/03, de 5 de diciembre; nº 1589/2003, de 20 de diciembre; nº 1508/2003, de 17 de noviembre, entre otras.

²⁰ STS 1 de diciembre de 2004 (RJ 2004/466).

²¹ AL-FAWAL PORTAL, M: *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y enfermedad mental*, op. cit. p. 186.

Otras sentencias, como la STS de 30-9-2003 (Roj: STS 5841/2003) añaden otro dato de importancia como la conducta posterior observada por el infractor, bien procurando atender a la víctima, bien desentendiéndose del alcance de sus actos.

Visto los elementos principales a tener en cuenta para apreciar el animus necandi o dolo de matar podemos confirmar que se dan los requisitos para la apreciación de este dolo ya que respecto al arma utilizada se usa una pistola, arma que de por sí entraña una gran peligrosidad; la zona del cuerpo a la que se dirige la agresión es una zona especialmente sensible, ya que es una zona próxima a órganos vitales, especialmente los pulmones y un disparo en este órgano puede resultar mortal y la idoneidad de las heridas ocasionadas para desencadenar un proceso que termine con la muerte es grande, dado que, como se explica en el caso, se produce una lesión bronquio pulmonar de carácter grave.

Adriano no podía descartar el riesgo de muerte subsiguiente a tal acción concreta de peligro, siendo su actuación adecuada para causarla, lo que permite que, al menos, el dolo eventual, la posibilidad o probabilidad de la muerte de la víctima fue asumida por el acusado con su actuar.

El elemento subjetivo del delito de homicidio no solo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido²².

Por último, como concluye la sentencia de, STS de 3.7.2006 (Roj: STS 4036/2006), bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia tanto el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sabe el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual continúa su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

Viendo esto podemos afirmar que hubo animus necandi por parte del sujeto, o al menos un manifiesto desprecio por la vida de su expareja en ese momento al no dudar en dispararle en zonas vitales, siendo así muy probable que esto resultara en la muerte de la víctima. Si bien la llamada a emergencias es un elemento importante que se abordará más adelante.

Debemos discernir ahora por lo tanto si estamos ante una tentativa de asesinato o de homicidio.

El Código Penal en su artículo 139 establece una serie de circunstancias que, de darse alguna o varias de ellas, convierte al homicidio en su tipo "agravado" de asesinato. Estas circunstancias son:

²² STS de 8 de marzo de 2004 (Roj: STS 1558/2004).

- 1.^a Alevosía.
- 2.^a Precio, recompensa o promesa.
- 3.^a Ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.
- 4.^a Cometer el delito para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

La definición de alevosía viene recogida en el artículo 22.1 del Código Penal, estableciendo que:

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, la STS de 26 de diciembre de 2014 (Roj: 5442/2014) es muy explicativa respecto a la alevosía, estableciendo que: “En relación a la alevosía en STS. 703/2013 de 8.10 , 599/2012 de 11.7 y 632/2011 de 28.6, hemos dicho que el Tribunal Supremo viene aplicándola a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.”

Es decir, hay alevosía cuando se eliminan las posibilidades de defensa de la víctima.

En este caso estaríamos ante una alevosía de tipo súbita o inopinada, llamada también sorpresiva, cuya definición se establece en esta misma sentencia, aludiendo a la STS. 49/2004 de 22 de enero, siendo la alevosía sorpresiva aquella en la que “el sujeto activo, aún a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquella, actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.”

Visto estos elementos, y teniendo en cuenta que Adriano disparó por la espalda a Agripina, de forma sorpresiva y eliminando de esta manera cualquier tipo de reacción defensiva por parte de la víctima, podemos concluir sin duda ninguna que en este supuesto hubo alevosía, por lo que estaríamos ante un caso de tentativa de asesinato y no de homicidio.

4. DESISTIMIENTO.

Sin embargo, hay un aspecto importante que es imprescindible destacar, este es la llamada que Adriano efectuó a emergencias inmediatamente después de dispararle a Agripina. Si bien no se puede pensar que su intención no era matarla, pues hemos visto que concurren muchos requisitos que apoyan esta tesis, o que como mínimo el resultado de la muerte de Agripina no le preocupaba pese a que se presentaba como una opción muy probable, sí que se puede pensar que tras haberlo hecho se arrepintió y por ello

llamó a emergencias, pudiendo haberla rematado fácilmente si persistía en su intención de matarla.

Este es un “giro de los acontecimientos” muy importante, ya que nos involucra de lleno en el problema acerca de si se debe calificar el delito como una tentativa inacabada de asesinato, con la atenuante de reparación o disminución del daño ocasionado a la víctima, comprendida en el art.21.5 del Código Penal²³. Así se ha apreciado esta atenuante en otros casos de homicidio y asesinato en los que el sujeto activo ha trasladado al sujeto pasivo al hospital para que fuera atendido con la intención de que no falleciese,²⁴ pudiendo aplicarse por tanto de forma análoga con la llamada a emergencias.

O bien, si como sostiene la jurisprudencia más moderna, se trata de un caso de desistimiento en el asesinato.

La figura del desistimiento aparece recogida en el artículo 16.2 del Código Penal:

Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.

Por lo que serán elementos esenciales del desistimiento:

1. Que el actor haya evitado la consumación del delito.
2. Que la consumación del delito no se deba a causas ajenas a la voluntad del actor, si no que sea por su propia voluntad.

Respecto a este segundo elemento, dicho con palabras de la jurisprudencia: "sólo es preciso que (el desistimiento) sea voluntario, es decir, no debe ser consecuencia de que el autor haya comprobado que la continuación no permitiría ya lograr su propósito o que, de alguna manera, factores externos hayan movido su decisión"²⁵.

Para que el desistimiento sea jurídicamente eficaz ha de ser voluntario, es decir, ha de obedecer a una libre decisión del autor por medio del cual abandona la senda del delito, sin que, por lo demás, sea necesaria una determinada motivación de dicho abandono.²⁶

Es decir, no se podría hablar de desistimiento en casos en los que el actor se viese “acorralado” y no le quedase más opción que no cometer el delito, véase el caso que el actor se encuentra rodeado por la policía, si no solo en aquellos casos en los que el actor, pese a poder consumir el delito, decide por su propia voluntad no hacerlo.

A este respecto se celebró Acuerdo Plenario del TS de 15 de febrero de 2002, en referencia al artículo 16.2 del Código Penal, en el que se establecía lo siguiente:

²³ Artículo 21.5 del Código Penal. 5.ª haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

²⁴ BORJA JIMÉNEZ, E.: “Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 P.184.

²⁵ STS 9 de febrero de 2017 (Roj: STS 443/2017).

²⁶ POZUELO PEREZ, L.: “El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 216.

“La interpretación del artículo 16.2 CP que establece una excusa absolutoria incompleta, ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el "iter criminis", pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen (es por ello que el hecho enjuiciado en la sentencia recurrida debe considerarse comprendido en el desistimiento activo definido en el art. 16.2 CP).”

El art. 16.2 del Código Penal vigente contempla dos supuestos de desistimiento del delito intentado: el desistimiento propiamente dicho, que consiste en el simple abandono de la acción cuyo comienzo de ejecución ya tuvo lugar y el denominado arrepentimiento activo, que se caracteriza porque el autor -que realizó cuanto debía hacer para la producción del delito- impide activamente que se produzca el resultado penalmente previsto (consiguientemente, únicamente será posible en aquellos tipos penales que requieren un resultado).

Por lo que, si el autor del hecho penal provoca la reacción de terceros para la no consumación del resultado previsto, es decir, lleva a cabo actos impositivos, esto se podrá interpretar como desistimiento.

En nuestro caso esto se podría aplicar a la llamada de Adriano a emergencias, que constituyen un verdadero acto impositivo del resultado, en lugar de continuar con los actos ejecutorios del asesinato (fácilmente podría haber propinado a Agripina otro disparo en la cabeza).

El acuerdo anteriormente mencionado, había sido recogido en la STS nº 446/2002 de 1 de marzo (Roj: STS 1452/2002), que estimó el desistimiento pese a que el acusado en el curso de una discusión con su mujer, sacó del bolsillo una navaja de 12 centímetros y se la clavó en el cuello y que «a continuación, ante los gritos y sangre que manaba de la herida salieron ambos de la casa pidiendo auxilio a los vecinos, quienes llamaron a la ambulancia y a la Guardia Civil». Se consideró que no obstante estimar que la herida, dado el instrumento y la parte afectada era suficiente y apta para provocar la muerte, extremo en el que no hubo discusión, dada la conducta inmediatamente posterior del procesado, saliendo a la calle y reclamando auxilio, patentiza que su dolo inicial, claramente homicida, se cambió cuando apareció como inminente la muerte, desapareciendo aquella intención homicida y reclamando un auxilio que fue eficaz. Se calificó el comportamiento del acusado de desistimiento activo y se penó por delito de lesiones.

Como se puede observar este caso es muy similar al nuestro. Y esta línea jurisprudencial ha sido la que ha seguido el TS en sentencias posteriores, como la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2017 (Roj: ST S4357/2017), que aborda esta misma cuestión que nos planteamos en la que el agresor asesta varios disparos a la víctima a escasa distancia con intención de matar, pero sin embargo no remata a la víctima una vez esta se encuentra herida, “constituyendo su pasividad un verdadero desistimiento de tal ejecución.”

Se explica en la sentencia: Es cierto que el cese de la actuación del acusado al no continuar disparando a la víctima y causar su muerte, según una línea jurisprudencial no debía considerarse arrepentimiento o desistimiento activo en términos normativos, el

Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por:

- a) Realización de «hechos exteriores», es decir, no meramente internos;
- b) Que implican comienzo de «directa» ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege;
- c) Que «objetivamente» esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir.
- d) Que ese resultado no se produzca.

Ahora bien, a esos elementos ha de unirse un último requisito negativo: que el autor no haya evitado la consumación, porque en tal caso la responsabilidad penal, por la tentativa del hecho tipificado cuya ejecución dio comienzo, no sería exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Penal.

Por lo que, si la causa directa de la no producción del resultado mortal no fue otra que la voluntaria interrupción por el agresor de los actos que hubieran podido causar la efectiva muerte de su víctima ha de considerarse concurrente el desistimiento, aunque omisivo, que exime de la responsabilidad por homicidio, aunque proceda la condena por las eventuales lesiones producidas.

Por último, y para terminar con mi tesis de que de se debe aplicar la figura del desistimiento en este caso, citaré un párrafo de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 111/2011 de 22 de febrero, Roj: STS 1501/2011:

«Ciertamente el nuevo desistimiento del art. 16-2º, ha supuesto un giro en la jurisprudencia de la Sala porque si durante la vigencia del Código penal de 1973 no preveía el desistimiento en la antigua frustración, sino solo la aplicación de la atenuante novena del art. 9 de dicho Código --reparación del daño--, ahora se reconoce la existencia de un desistimiento activo cuando el agente impide el resultado dañoso, con la consecuencia que, por ejemplo, en delitos contra la vida --como es el caso--, lo que antes era calificado como delito de homicidio en tentativa con la atenuante de reparación, con el actual Código, la jurisprudencia de la Sala los califica como delitos de lesiones consumadas, ya que se ha estimado que el delito contra la vida estaba exento de responsabilidad por el desistimiento voluntario activo del agente que había impedido el resultado, no siendo obstáculo a ello que el dolo inicial del agente fuese el de animus necandi.»

En definitiva, la doctrina de esta Sala ha sido en casos de tentativa de homicidio voluntariamente desistida y eficaz, hace responder al agente solo del delito de lesiones -según la entidad de las mismas--, a pesar de que la inicial acción del agente estuviese motivada por una clara intención homicida. (Sentencia nº 111/2011 de 22 de febrero).

Todo esto permite demostrar con total claridad que se debe aplicar la figura del desistimiento a este caso, dado que se cumplen todos los requisitos legales y jurisprudenciales para su aplicación.

En primer lugar, el desistimiento fue voluntario, sin verse influenciado por ninguna causa ajena a él mismo, lo cual constituye requisito esencial. De hecho, la llamada a

emergencias fue la primera llamada efectuada por Adriano, inmediatamente después a la realización de los disparos. Tras lo cual contactó con su comandante de la Guardia Civil.

Y, en segundo lugar, Adriano, con su llamada a emergencias, llevo a cabo los actos impeditivos necesarios requeridos para apreciar esta figura en una tentativa acabada, impidiendo así activamente que se produjese el resultado.

Esta figura implica, tal y como se señala en el propio artículo²⁷, la exención de la responsabilidad penal por el delito intentado. Por lo que de ahora en adelante queda descartada de la calificación jurídica aplicada a este caso la tentativa de asesinato.

Las causas de esta exención de la responsabilidad penal dada en el desistimiento han sido objeto de gran análisis y discusión por la doctrina, siendo dos de las teorías mayoritarias (sin entrar muy en detalle, dado que no es preciso desviarnos del tema que nos ocupa) las siguientes:

- La teoría del “puente de plata” o teoría político criminal: La formulación de esta teoría procede de v.LISZT, quien afirma que con el desistimiento el delincuente ya no puede cambiar la situación creada con la tentativa. Esta ya no puede anularse, pero sí es posible, por razones político-criminales, tenderle al delincuente un “puente de plata” para que renuncie a la consumación²⁸. Esta es la teoría que actualmente posee más fuerza.
- Las teorías jurídicas objetivas: Las teorías jurídicas objetivas parten de la ausencia de alguno de los requisitos de las categorías que conforman la estructura del delito intentado. Así, BINDING, considera que el comportamiento antijurídico viene a ser la parte de un todo, desde la causa hasta el resultado, de modo que la conducta que ha evitado el resultado, siempre que sea por la voluntad unilateral del actor, hace que el comportamiento ya no sea antijurídico²⁹.

Dicho esto, nos encontramos por lo tanto ante un delito de lesiones, dado que debido al desistimiento de Adriano Agripina consiguió salvar la vida, sin embargo, estos disparos le provocaron importantes daños, a saber: daños en el omóplato derecho cuyo alcance desconocemos y una lesión bronco-pulmonar de carácter grave.

5. LESIONES

Las lesiones aparecen recogidas en el Libro II del Código Penal, Título III. “De las lesiones.”

El tipo básico de lesiones se encuentra en el art.147.1, que dice así:

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de

²⁷ Artículo 16.2 del Código penal, en el que se recoge la exención de responsabilidad del desistimiento.

²⁸ POZUELO PÉREZ, L.: “El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva”, *op. cit*, p.47.

²⁹ POZUELO PÉREZ, L.: “El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva”, *op. cit* p. 41.

una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

La doctrina mayoritaria considera la salud como el bien jurídico protegido en este delito. Tal interpretación se deduce de las referencias indistintas a la *integridad corporal, salud física o psíquica o mental, integridad de las personas*, que se contienen en las diferentes previsiones legislativas. Y también la jurisprudencia (STS de 27 de marzo de 2000 y SAP Córdoba de 2 de junio de 2003)³⁰.

Como vemos las lesiones producidas a Agripina encajan en el tipo básico de lesiones ya que ha necesitado tratamiento médico (y con total seguridad también quirúrgico) más allá de una primera asistencia facultativa.

Sin embargo, esto no es todo, ya que las lesiones producidas a Agripina no sólo encajan en el tipo básico, si no, dadas las circunstancias, también en uno de los tipos agravados, el recogido en el art. 148:

Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3.º Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Como se puede observar, se cumplen los requisitos de los apartados 1º, 2º y 4º. Ya que, respecto al primero de los supuestos, Adriano disparó con una pistola a Agripina cerca de órganos vitales, lo que puso indudablemente en peligro de forma concreta la salud física y la vida de ésta. Es cuestión pacífica que cabe calificar como *armas* tanto a las de fuego como las denominadas armas blancas (SSTS 22 diciembre 1994 [RJ 1994, 10261], 24 octubre 1994 [RJ 1994, 8351]).³¹

El segundo de los supuestos agravatorios se refiere al empleo de enseñamiento, cuya definición nos la da el artículo 22.5 del CP: *aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima*. O mediado alevosía, la circunstancia de la alevosía ya fue

³⁰ ALONSO DE ESCAMILLA, A. MESTRE DELGADO, E. y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “*DELITOS. La parte especial del Derecho penal.*” (LAMARCA PÉREZ, C., Dir.), Dykinson, S.L., Madrid, 2017, p.50.

³¹ MORALES PRATS, F. TAMART SUMALIA, JM. GARCÍA ABELERO, R.: “Comentarios al nuevo Código Penal” (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.) op. cit., p.797.

explicada anteriormente en el trabajo para justificar que se trataba de una tentativa de asesinato y no de homicidio, siendo señalado aludiendo a la jurisprudencia³² que podía aplicarse como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas distintos al asesinato. Esta circunstancia agravante fue añadida con la entrada de la LO 1/2004, de Violencia de género³³, y su esencia radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada. Hecho que, sin duda alguna, y como antes explique, se da en este caso sin género de duda ya que Adriano dispara repentinamente por la espalda a Agripina, anulando así cualquier posibilidad de defensa de esta.

El apartado cuarto también fue introducido por la LO 1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género. Este apartado se aplicará según el sujeto pasivo del delito, de tal forma que, si el sujeto pasivo de este delito es o hubiese sido la esposa del actor, como en este caso, se deberá aplicar. Este precepto fue ampliamente cuestionado y discutido, bajo acusación de que vulneraría los principios de igualdad y culpabilidad, ya que el sujeto activo de este precepto solo puede ser un varón. A estas objeciones se ha contestado que no es así, ya que el legislador se ha inspirado precisamente en este principio de igualdad que respeta, defiende y pretende restaurar, otorgando mayor protección a la mujer. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su STC de 22 de julio de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:41)³⁴.

Por lo que no se aplicará el tipo base de lesiones recogido en el art.147.1 CP si no que se aplicará el tipo cualificado del art.148 CP.

Los artículos 149 y 150 no son de aplicación a este caso ya que requieren pérdida o inutilidad de un órgano, o causar deformidad, entendiendo la deformidad en un concepto puramente estético. La doctrina se desenvuelve en torno a dos criterios: la permanencia y la visibilidad de la lesión. Aunque ambos criterios se maten en el sentido de afirmar la irrelevancia de la posibilidad de eliminar la deformidad por medios quirúrgicos y de cubrirla con la ropa u otros medios artificiales, extendiéndose así a la generalidad del cuerpo (SSTS 15 de Noviembre de 1990 [RJ 1990,8919], 23 febrero 1990 [RJ 1990,480]).³⁵ Dado que no se nos señala en el caso ningún tipo de pérdida o inutilidad de un órgano, sea principal o no, ni tampoco la presencia de ninguna deformidad a causa de las lesiones, debe entenderse que esto no se produjo, o al menos no existen los medios para comprobarlo.

Por lo que, finalmente, se aplicará el tipo de lesiones cualificadas del art.148 CP.

Es importante destacar que todas las agravantes del art.148 CP son potestativas, debiendo atenderse al resultado causado o al riesgo producido, aunque en este caso, dado el resultado y sobre todo el riesgo (disparos a zonas vitales) creo que esta más que justificado la apreciación de este tipo cualificado.

³² STS de 26 de Diciembre de 2014 (Roj: 5442/2014 - ECLI: ES:TS:2014:5442).

³³ ALONSO DE ESCAMILLA, A. MESTRE DELGADO, E. y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “*DELITOS. La parte especial del Derecho penal.*” (LAMARCA PÉREZ, C., Dir.) Op. cit., p.53.

³⁴ ALONSO DE ESCAMILLA, A. MESTRE DELGADO, E. y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “*DELITOS. La parte especial del Derecho penal.*” (LAMARCA PÉREZ, C., Dir.) Op. cit., p.55.

³⁵ MORALES PRATS, F. TAMART SUMALIA, JM. GARCÍA ABELERO, R.: “*Comentarios al nuevo Código Penal*” (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.) op. cit., p.804.

Respecto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, se presenta ante nosotros una gran dificultad, ya que, lo primero que debemos tener en cuenta, es que la apreciación de los diferentes subtipos agravados que componen el artículo 148 es potestativa para el tribunal, siendo suficiente con que aprecie uno de estos subtipos para la aplicación de este artículo.

El art. 148 C.P. no tipifica un solo subtipo agravado del delito básico de lesiones del art. 147, sino varios subtipos agravados, cada uno con individualidad propia por los diferentes elementos típicos que cada uno requiere y que les diferencia de los demás. Por lo que el tribunal sentenciador podría apreciar uno, varios o incluso ninguno.

Esto es importante ya que si el tribunal solo apreciase el subtipo nº1 (utilización de armas, objetos, medios concretamente peligrosos para la salud) podría aplicar a mayores la circunstancia agravante de alevosía, como se refleja en esta Sentencia del TS³⁶:

“En el caso examinado, la sentencia subsume la acción de los acusados en el subtipo primero del precepto por la utilización de instrumentos, objetos y métodos peligrosos. Esta calificación, como se dice, ha sido aceptada tanto por la acusación como por la defensa, por lo que en este trámite casacional no puede ser cuestionada. El Tribunal sentenciador no ha aplicado el art. 148.2º C.P. ("si hubiera mediado ensañamiento o alevosía") pero no ha obviado que la agresión se produjo de manera alevosa y, en consecuencia, valora también la concurrencia de este plus de antijuridicidad, sin duda alguna concurrente. En consecuencia, siendo correcta la apreciación de la alevosía por el Tribunal de instancia, resulta obligada su valoración de acuerdo con el art. 66.3º C.P., sin que ello suponga violentar el principio "non bis in idem" que es lo que proscribe el art. 67”.

Por lo tanto, se puede dar la concurrencia de este precepto con las circunstancias agravantes sin que se viole el principio constitucional “non bis in ídem” siempre que el tribunal no “castigue” el mismo hecho dos veces. Es decir, por ejemplo, que aplique el art.148 por alevosía y luego aplique la circunstancia agravante de alevosía. Sin embargo, sí que podrá apreciar esta agravante si aplica el art.148 en función de cualquier otro subtipo de este.

Otro ejemplo de esto es la STS 17 de marzo de 2016 (Roj: STS 2284/2016):

“Por lo que hace a la agravante del artículo 23 es claro que la Audiencia no ha infringido el principio "non bis in idem". Lo habría hecho si hubiese acudido al supuesto agravado del apartado 4º del artículo 148 y además hubiese estimado el parentesco como agravante genérica. Pero ello no ha sido así, puesto que ha estimado aplicable el supuesto del nº 1, que se refiere a la utilización de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado, siendo evidente, aunque la sentencia no lo diga expresamente, que los cuchillos hallados en la cocina de la vivienda, reseñados y fotografiados por la Guardia Civil, constituyen armas que colman la peligrosidad que exige el precepto. Luego ha aplicado correctamente el parentesco como agravante genérica.”

³⁶ STS de 22 de julio de 2010. (Roj: STS 4372/2010).

En consecuencia, como hemos observado, es jurisprudencialmente aceptado apreciar tan solo uno de los subtipos del art.148 y aplicar después las circunstancias agravantes genéricas, si estas se dan, dado que no hacerlo de esta manera restaría un desvalor que no se estaría tomando en cuenta a efectos de pena.

Por lo que partiremos de la interpretación de que el tribunal aprecia exclusivamente el subtipo primero, utilización de armas o medios que pongan en concreto peligro la salud de la víctima, para así poder aplicar, a mayores, las circunstancias agravantes genéricas que concurran.

En primer lugar, y sin ningún género de dudas, tenemos la agravante de alevosía, ya explicado previamente por qué concurriría en este caso.

Por otro lado, se da también la circunstancia mixta de parentesco. Recogida en el art.23 CP³⁷.

Esta circunstancia, como su propio nombre indica, puede tanto atenuar como agravar la pena, con carácter general, y desde luego *ad cautelam*, puede afirmarse que la circunstancia mixta de parentesco actúa como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal en los delitos dolosos contra la vida, contra la integridad corporal y la salud (como es el caso) y contra la libertad sexual y opera como circunstancia atenuante en los delitos dolosos contra la propiedad, aunque con excepciones. Así como en los delitos contra el honor puede actuar tanto como atenuante como agravante, según los casos.³⁸

Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 13 de marzo de 2003 (Roj: STS 1732/2003), "con independencia de que el fundamento dogmático de la circunstancia unas veces se relacione con la culpabilidad y otras con la antijuricidad, lo cierto es que cuando se trata de delitos entre parientes ésta relación implica un agravamiento en la medida que concurre un doble injusto, el propio del tipo delictivo de que se trate (matar, lesionar, amenazar...) y otro añadido constituido precisamente por la relación de parentesco existente entre el sujeto activo y pasivo, y ello es consecuencia de la existencia de determinados deberes morales que la convivencia familiar de los parientes determina y precisamente por ello los ataques o agresiones dentro del círculo de personas incluidas el artículo 23 del Código Penal merecen socialmente un mayor reproche del injusto".

Visto esto, y dado que se trata de unas lesiones cualificadas a su esposa, se aplicará esta circunstancia como agravante.

Respecto a las eximentes completas e incompleta, ya se hizo previamente un estudio acerca de su aplicabilidad al caso, llegando a la conclusión de que no cabían en este supuesto. Lo mismo ocurre para la atenuante de arrebató u obcecación.

³⁷ Art.23 CP: "Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente."

³⁸ ARIAS EIBE, M: "*Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*" Bosch penal. Barcelona, 2007. pp 192 y 193.

Respecto a la atenuante analógica antes explicada, esta ya no se puede aplicar a las lesiones, dado que, como se explica en el caso, Adriano en julio de 2017 se reincorpora a su puesto de trabajo, tras recibir el alta médica, disponiendo el médico que no se efectúe ningún seguimiento de su estado psíquico, por lo que habrá de entenderse que Adriano ya no padecía los trastornos previamente descritos (hay que tener en cuenta que los episodios de acoso se dieron desde el día 3 de diciembre de 2016 hasta el día 15 de junio de 2017), por lo que no cabe su aplicación.

6. SANCIONES A IMPONER.

Acudimos al art.66 del CP:

Artículo 66.

1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.ª Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

4.ª Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

5.ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

Tendríamos, por lo tanto, por el delito de acoso u hostigamiento persecutorio del 172 ter, una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. (teniendo en cuenta que la pena base se encuentra agravada por el precepto segundo.) Concurriendo la atenuante por analogía antes explicada.

Cuando concurra solo una atenuante, en base al art.66.1.1ª, se aplicará la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito. Por lo que la pena será de 1 año a 1 año y 6 meses de prisión.

Por el delito de lesiones cualificadas del art.148 la pena es de prisión de dos a cinco años, teniendo en cuenta que se aprecian dos agravantes (alevosía y parentesco) y ninguna atenuante. Por lo que, en base al art. 66.1.3ª se aplicará la pena en su mitad superior. Siendo por tanto la pena de 3 años y medio a 5 años de prisión.

Estamos ante un concurso real de delitos³⁹, en consecuencia, será castigado por todos ellos con la pena resultante de sumar la pena de cada uno de los delitos que ha cometido. Esto hace que Adriano quede condenado a un mínimo de 4 años y 6 meses de prisión y a un máximo 6 años y 6 meses de prisión.

Es importante mencionar en este momento el art. 57 CP, que señala lo siguiente:

Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, (...) atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

Como se recoge en el apartado 2 del art.57, el art.48.2 será de obligada aplicación en el caso de que los delitos anteriormente mencionados fueran cometidos contra cualquiera de los sujetos señalados en el art.173.2 (incluyéndose por tanto su cónyuge o excónyuge) por lo que se impondrán también las siguientes penas:

- a) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. (Art. 48.2)
- b) Prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. (Art. 48.3). Esta prohibición ya no es de obligada aplicación por el tribunal, si no que debe acordarse atendiendo a la gravedad de los hechos, y dado que nos encontramos con un delito de acoso, en el que la víctima ha sufrido una gran intromisión en su intimidad y un hostigamiento continuo a través de redes sociales me parece que esta medida es efectiva y necesaria.

Estas penas se impondrán por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave (más de 5 años de prisión)⁴⁰, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. Acorde con el art. 57CP, antes citado.

A su vez, el art. 56 CP, establece que se deberá imponer alguna o algunas de las penas accesorias contenidas en ese artículo en las penas de prisión inferiores a diez años. Siendo, por lo tanto, obligatorio imponer al menos una de ellas.

En nuestro caso, considero las penas accesorias más ajustadas las siguientes:

Atendiendo a la “Consulta n.º 2/2000, de 14 de diciembre, *sobre la aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 56 del Código Penal.*” De la fiscalía general

³⁹El concurso real está recogido en el artículo 73 CP: Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

⁴⁰ Artículo 33 Código penal.

del estado, cuando los fiscales pidan que se imponga una pena de prisión de hasta diez años, deberán asimismo solicitar que se impongan las siguientes penas accesorias durante el tiempo de la condena:

- a) en todo caso, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo;
- b) además, cuando el acusado desempeñe un empleo o cargo público, también la suspensión de empleo o cargo público.

Por lo que las penas accesorias a la condena serán:

- Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Suspensión de empleo o cargo público. (No es posible aplicar la pena de inhabilitación especial, ya que la inhabilitación especial para empleo o cargo público sólo es imponible si queda acreditada la relación directa del empleo o cargo con el delito⁴¹).

Adriano también estará obligado a reparar la responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios por él causados⁴², comprendiendo esta responsabilidad la restitución; la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales, tal y como se establece en el artículo 110 del Código Penal.

Al tratarse de lesiones personales lo normal será acudir a la indemnización de los daños y perjuicios como única forma posible de restaurar la situación preexistente a la comisión del delito, al ser la reparación específica o “in natura” de imposible aplicación, al tropezarse con la insuperable dificultad de que el bien lesionado es irremplazable⁴³.

Por último, si Adriano es condenado también lo será en costas procesales, en virtud del artículo 123 CP. Comprendiendo estas los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales⁴⁴.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO.

Ha de tenerse en cuenta que los disparos propiciados por parte de Adriano a Agripina fueron hechos con su arma reglamentaria, dado que este es agente de la Guardia Civil.

El artículo 5.6 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, dispone lo siguiente acerca de la responsabilidad de estos:

6. Responsabilidad.

Son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las

⁴¹ STS n.º 112/2003, de 3 febrero (Roj: STS 636/2003).

⁴² Art. 109 CP: La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

⁴³ MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J.: *Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto”. Indemnización de los daños materiales, corporales y morales*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2005, p.151.

⁴⁴ Artículo 124 CP: Las costas comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte.

reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas.

Como vemos, este artículo solo habla de la responsabilidad por los actos en actuación profesional, por lo que no nos sirve. Acudiremos por lo tanto al CP.

El artículo 121 del Código Penal dispone lo siguiente sobre este tema:

El Estado, la Comunidad Autónoma, (...) responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

Hay que mencionar que el Código ha optado con este artículo por establecer una responsabilidad subsidiaria y no directa. Con lo cual, la responsabilidad de las Administraciones públicas pende de la demostración previa de que el responsable civil directo no ha cumplido la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

Se exige que quien desee que se declare la responsabilidad subsidiaria de alguna Administración Pública debe, a la vez que dirige la acción civil contra el autor del hecho, dirigirla simultáneamente contra esa Administración. Se brinda al ciudadano la posibilidad de acudir directa y simultáneamente a la reclamación en vía administrativa por funcionamiento anormal de los servicios públicos, siempre sin posibilidad de que se de duplicidad indemnizatoria. A tal fin, se acepta que dicha acción pueda coexistir con el proceso penal, pero se toma alguna medida de cautela para asegurar que no se solicita o intenta a la vez la misma reparación por dos vías diferentes. De esa manera, la opción por el proceso penal ha de ser expresa e inequívoca, como debe serlo la elección de la vía administrativa⁴⁵.

En base a este artículo podemos saber a ciencia cierta que si Adriano hubiera disparado a Agripina en el ejercicio de su cargo o función y la lesión fuera consecuencia de esto sí que sería responsable civil el Estado. Pero, obviamente, este no es el caso.

Por lo que este artículo no nos es suficiente para resolver el supuesto. Mucho más esclarecedor es, sin duda alguna, el Pleno del Tribunal Supremo, sala de lo penal, de 17 de julio de 2002⁴⁶, sobre “el artículo 121 del Código Penal y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado”.

Este acuerdo no jurisdiccional señala lo siguiente:

⁴⁵ MORALES PRATS, F. TAMART SUMALIA, JM. GARCÍA ABELERO, R.: “Comentarios al nuevo Código Penal” (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.) op. cit., p.631.

⁴⁶ Acuerdos de pleno no jurisdiccional de la sala de lo penal del Tribunal Supremo. Actualizado a en abril de 2016, página 39.

“El mero hecho de la utilización del arma reglamentaria no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del Estado, quedando ésta excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad.”

Y continúa: “Entre tales supuestos deben incluirse las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él”.

“Si bien, incluso en los casos mencionados en el apartado anterior, habrá responsabilidad civil subsidiaria del Estado, si existen datos debidamente acreditados, de que el arma debió habérsela retirado al funcionario por carencia de las condiciones necesarias para su posesión.”

Es, sin duda, este párrafo 3º del acuerdo, la “piedra angular” de la cuestión. Este párrafo supone una excepción a lo antes mencionado acerca de la responsabilidad del Estado, que quedaba limitada a aquellos supuestos en los que el daño fuera consecuencia directa del funcionamiento o riesgo derivado del sistema de seguridad.

Es necesario recordar que los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional no son técnicamente y desde el punto de vista jurídico vinculantes, pero sí tienen la capacidad de orientar y sugerir con vehemencia el respeto a los mismos, dada la función monofiláctica de unificación de criterios que tiene atribuido el Tribunal Supremo.

“Es cierto que el Acuerdo carece de fundamentación y contradicción, pero la fuerza necesaria la impondrá la jurisprudencia que uniformemente lo respalde, como ha ocurrido en este caso.” STS 13 de junio de 2016 (Roj: STS 2719/2016), referido a este mismo acuerdo.

Dicho esto, si se acredita que al agente debió de habersele retirado el arma reglamentaria por “carencia de las condiciones necesarias para su utilización” estaremos ante responsabilidad del Estado.

Sin embargo, lo primero que debemos saber es que significa esa carencia de las condiciones necesaria para usar el arma reglamentaria.

En este sentido, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2002 (Roj: STS 2320/2002), resolvió un caso en el que un policía del puesto fronterizo del aeropuerto de Barajas, encargado del control de pasaportes, se había dirigido al hotel en el que se alojaba una ciudadana colombiana, diciéndole que tenía que expulsarla del país, salvo si le entregaba el dinero que había traído consigo, hechos por los que fue castigado en la instancia por un delito de estafa con prevalimiento del carácter público, oponiendo, frente a la pretensión del Abogado del Estado de que “la lesión debía ser consecuencia de la actividad del servicio público desarrollado”, que “la comisión de un delito por un funcionario público no puede ser nunca una lesión dimanante de la actividad pública del Estado.”

Por el contrario, dice la STS, la responsabilidad civil subsidiaria por un delito es siempre consecuencia de la actuación de un funcionario que se sustrae al cumplimiento de sus funciones de acuerdo con la ley. Por tanto, toda Responsabilidad civil subsidiaria presupone que el responsable subsidiario no ha vulnerado las normas que prohíben el

acto lesivo, sino las que se refieren a la elección del personal (culpa in eligendo) y las que se relacionan con la vigilancia (culpa in vigilando). Con lo que fue condenado el Estado como responsable civil subsidiario.

Por lo que aquí aparecen dos conceptos claves que nos van a aclarar la duda, culpa in eligendo y culpa in vigilando.

Asimismo, es interesante la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2001 (Roj: STS 6846/2001), que confirmó la condena impuesta por el Tribunal de instancia al Estado, como responsable civil subsidiario, en un caso en el que el acusado, policía nacional, no encontrándose de servicio, con ocasión de una discusión mantenida con la víctima y con una considerable ingestión previa de alcohol, disparó a la víctima con su arma reglamentaria, causándole la muerte.

La STS, con cita de la STS de 21-10-1997, señala que:

"La responsabilidad civil subsidiaria del Estado ha de ser interpretada extensivamente, desbordando incluso los tradicionales criterios de la «culpa in eligendo» o «culpa in vigilando», para adentrarse en los terrenos marcados por la creación del riesgo o peligro que supone poner en marcha una actividad o servicio, de tal manera que debe hacerse cargo de las consecuencias que se derivan del peligro creado, siempre que exista una situación de dependencia entre el autor del hecho delictivo y el ente en el que está integrado".

El aspecto que singularizaba el caso de esta STS y que determinó la decisión favorable a la condena del Estado, fue que el acusado -policía - se hallaba en el momento de los hechos, no sólo bajo los efectos del alcohol, sino que además padecía, desde hacía casi un año, una depresión reactiva a su situación de separación conyugal, de tal entidad que le supuso permanecer de baja en su actividad profesional, incluso con retirada del arma durante dos meses. En tales condiciones -añadía la STS -se debió extremar la vigilancia y control del acusado, apreciando en consecuencia una «culpa in vigilando», pues:

"Se debió extremar la vigilancia y control del acusado que ya había dado muestras de su inestabilidad y al que se le había retirado el uso del arma reglamentaria. En la inactividad de la institución policial se observa una incuestionable culpa in vigilando. La actividad de control debe ser especialmente diligente cuando la persona del agente de la autoridad muestra signos evidentes de alteración psíquica."

En definitiva, la Sala General, partiendo del indudable riesgo que supone el hecho de portar un arma, aunque se trate de un riesgo permitido, fija el criterio para la determinación de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en la diligencia o deber de cuidado que éste, a través de la organización del Servicio de seguridad pública, debe siempre emplear en relación con las previsiones propias del porte de armas.

Llegados a este punto, es necesario hacer notar que el régimen jurídico sobre el porte de armas reglamentarias es diferente según se trate de policías (sujeto de la STS antes mencionada), que cuando no se hallan de servicio deben dejar el arma en dependencias municipales, o de la guardia civil, que puede y debe portarlas en todo momento, siempre que no exista una orden o dictamen que se oponga a ello, acordada por sus superiores

jerárquicos. Tal como se recoge en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad:

4. Dedicación profesional.

Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana.

Finalmente, analizaré una de las sentencias más recientes del TS respecto a este asunto, la ya mencionada STS 13 de junio de 2016 (Roj: STS 2719/2016).

Resumiendo brevemente, Romualdo, Guardia Civil, propina con su arma reglamentaria un disparo en la sien de mujer mientras ella dormía que acaba con la vida de esta, por lo que es condenado por asesinato. Se resuelve en el fundamento jurídico cuarto acerca de la responsabilidad civil subsidiaria del estado.

Se plasman los siguientes criterios, fruto de la labor jurisprudencial, acerca de la responsabilidad civil subsidiaria del estado por daños causados por las fuerzas de seguridad del Estado:

Se parte del principio de que la responsabilidad civil subsidiaria por daños causados por los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado utilizando abusivamente su arma de fuego reglamentaria se deriva de la creación del riesgo que la organización del servicio de seguridad pública, mediante agentes a quienes se dota de armas de fuego, representa para los ciudadanos que puedan resultar perjudicados por dicha utilización abusiva.

La sentencia en cuestión sienta los siguientes criterios:

1) Los agentes deben portar en todo momento el arma reglamentaria para encontrarse en condiciones de cumplir con el deber de intervención permanente que les impone el art. 5.4 L.O. 2/86 de 13 de marzo, lo que determina una especial responsabilidad en las labores de selección y posterior control, para evitar que el arma constituya una fuente incontrolada de riesgo en manos de quien no se encuentra en condiciones de utilizarla cuidadosamente.

2) Consecuentemente la responsabilidad civil subsidiaria del Estado se funda en el principio de creación del riesgo, derivado directamente de la forma de organizar el servicio de seguridad pública, a través de la fórmula de disponibilidad permanente.

3) El Estado o entidad pública que organiza el servicio de seguridad, selecciona y forma a los agentes y les dota del armamento correspondiente, será el responsable subsidiario de los daños causados por los agentes por el mal uso del arma reglamentaria, **fuera de su domicilio.**

4) Deberán excluirse los casos en que el riesgo no sea concreción generada por el sistema de organización del servicio de seguridad, como sucede en el caso de su uso en el ámbito familiar e íntimo en que el agente hace uso del arma que tiene en su domicilio frente a personas de su entorno familiar, del mismo modo en que pudiera hacerlo otro ciudadano que también la tuviera, o como también podría haber utilizado otro tipo de armas.

5) Esta Sala, sin llegar al límite de la responsabilidad objetiva, ha seguido unos criterios interpretativos del art. 121 equilibrados y progresivos, en evitación de situaciones de desamparo, que ha permitido basar la responsabilidad civil subsidiaria en los criterios de "culpa in eligendo", "culpa in vigilando" o "culpa in educando", incluso en el principio de la creación del riesgo.

Prosiguiendo con el examen de la sentencia, la parte recurrente aduce que el Estado debió haber reparado en el elevado índice de bajas laborales sufridas por el acusado y que propiciaron la solicitud por parte de la Guardia Civil de un examen por el Tribunal médico de Psiquiatría de un Hospital militar. Concluyendo que el Estado debía haber analizado la situación psíquica del acusado habida cuenta de que en 13 años de servicio estuvo de baja 2 años y 8 meses, y en los tres años últimos 23 meses de baja laboral, lo que indica que el Mº del Interior no actuó con la diligencia debida.

El Tribunal, al resolver sobre esto, pone de manifiesto que el acusado había sido ya analizado por un comandante médico.

Ello lo declara así sobre la base de dos informes del comandante médico D. Jose Augusto del Servicio de Psiquiatría del Hospital Central de la Defensa.

En el 1º de ellos, de fecha 16 de mayo de 2011, ratificado en juicio, se decía que "analizada la aptitud psicofísica del cabo (acusado), se le calificó como apto sin ninguna patología". En el 2º, de 28 de octubre de 2013, después de cometer el hecho delictivo en el 10 de marzo de 2013 se le diagnostica: "una sintomatología compatible con un trastorno adaptativo en evolución", recomendando la limitación en el manejo de armamento, pero sin alcanzar a ser una patología grave que determinase su apartamiento del servicio. El perito atribuye este trastorno adaptativo del acusado a una reacción frente a la situación que estaba viviendo por el fallecimiento de su esposa y las circunstancias que lo rodearon.

Concluye el Tribunal que a la vista de todo ello se puede afirmar que no ha existido pasividad de la Guardia Civil, ya que fue ella misma la que instó el examen del acusado que dio lugar al primer dictamen (16 de mayo de 2011) en el que se declara la aptitud para el servicio sin observar ninguna patología que hiciese necesaria o conveniente la retirada del arma. Tampoco se advirtió que cuando el acusado se incorporó al servicio activo después de esta primera revisión, existieran datos o síntomas que aconsejaran la realización de otra revisión.

Hemos de recordar en este punto que el acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo excluye a la administración de responsabilidad civil subsidiaria en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad. Entre tales supuestos deben incluirse las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él. Excepto que se observe responsabilidad por quedar demostrado que no se han cumplido con las obligaciones in vigilando.

Esto lleva a concluir al Tribunal en esta sentencia que no cabrá responsabilidad civil subsidiaria del Estado, al haber cumplido este con sus obligaciones in vigilando.

Es aquí de interés mencionar que la parte recurrente considera que la aplicación hecha por el Tribunal Superior de Justicia del art.121 C.P. en los términos determinados por el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 12 de julio de 2002, vulnera el principio de igualdad. En tal sentido se argumenta:

a) Que la recurrida infringe el principio de igualdad (art. 14 C.E.) porque la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en caso de uso abusivo del arma resulta eliminada en el caso de que la agresión se realice en el propio domicilio y contra familiares y convivientes, produciéndose un agravio comparativo, entre cónyuge y familiares y otras personas.

Consecuentemente los recurrentes afirman que si el agente hubiera asesinado a una persona que estuviera de visita en su casa o a un técnico que estuviera allí haciendo una reparación, el Estado sería responsable y si la víctima fuera la esposa o un familiar estaría exento de responsabilidad.

Ante lo que el TS responde que no se produce agravio comparativo entre el cónyuge o familiares en agresiones por el arma reglamentaria en el domicilio y otras personas, ya que la razón no es el género o el vínculo familiar, sino el ámbito privado en el que se desarrolla la agresión armada, ajeno a las pautas organizativas en que se desarrolla el servicio de seguridad del Estado. Así, en tal sentido cabría incluir a amigos o personas de confianza de la familia que se hallen transitoriamente en la casa con la aquiescencia del titular de la vivienda, así como cualquier profesional que preste servicios especializados en la misma.

Visto todo esto, se puede responder finalmente a la cuestión planteada en este caso sobre la posibilidad de atribuir al Estado la responsabilidad civil subsidiaria, por el empleo del arma reglamentaria por parte del Cabo primero de la Guardia Civil, Adriano E.

Lo primero que debemos tener en cuenta, es que el pleno no jurisdiccional de la sala de lo penal del Tribunal Supremo acerca del art.121 C.P. permanece siendo totalmente válido y actualizado, como se demuestra de su aplicación a sentencias muy próximas a nuestro tiempo. Así como que, pese a no tener carácter jurisdiccional, este sienta su fuerza en que ha sido uniformemente respaldado jurisprudencia.

En este acuerdo, así como en requisitos enumerados jurisprudencialmente antes mencionados, se excluye expresamente de responsabilidad civil subsidiaria al Estado en supuestos de agresiones efectuadas con el arma reglamentaria en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él. Esto, a no ser, que existan datos debidamente acreditados de que el arma debió habérsela retirado al funcionario por carencia de las condiciones necesarias para su posesión.

Descendiendo al caso concreto, en nuestro supuesto, el cabo primero de la Guardia civil, Adriano E. estuvo de baja laboral, con retirada del arma reglamentaria, durante los meses de diciembre de 2016 a junio de 2017. Hasta que finalmente, en julio de 2017, Adriano se reincorpora en su puesto de trabajo, tras recibir el alta médica, y se le repone el arma reglamentaria. Es un factor extremadamente importante recordar que el médico dispone, literalmente, que no se efectúe ningún seguimiento médico del estado psíquico de Adriano. Por lo que, tal y como se recoge en la sentencia antes mencionada, no se

puede acusar de pasividad o de omisión de su deber in vigilando a la Guardia Civil, ya que el médico dispuso expresamente que Adriano se encontraba bien psíquicamente y por lo tanto no se debía efectuar ningún seguimiento psíquico, ni provisional, ni cautelar, sobre Adriano. Por lo que no hay base para ninguna patología o trastorno que hiciese necesaria o conveniente la retirada del arma.

Cuestión distinta sería si el médico hubiese ordenado, por ejemplo, un seguimiento cautelar de Adriano, lo que nos plantearía otras posibilidades como la retirada preventiva del arma. Pero, siendo la conclusión del médico que no se efectúe ningún seguimiento de Adriano, y en base a la jurisprudencia más reciente, con especial atención a la STS 13 de junio de 2016 (Roj: STS 2719/2016), dado su extremado parecido a nuestro supuesto, y al acuerdo plenario antes mencionado, debo concluir que no es posible apreciar una responsabilidad civil subsidiario del Estado. Debido a:

1. El ámbito del domicilio queda expresamente excluido de manera reiterada en la jurisprudencia, así como en el acuerdo.
2. Debido al informe médico no es posible apreciar una responsabilidad in vigilando de la administración, que actuó con la diligencia debida.

III. CUESTIONES PENITENCIARIAS: GRADO DE TRATAMIENTO Y CENTRO DE DESTINO.

1. GRADO DE TRATAMIENTO.

Comenzando con las cuestiones relacionadas con el grado de tratamiento, nuestra Ley penitenciaria supone la traslación de los principios en los que se basan las “*Reglas mínimas para el tratamiento del recluso*” de la Organización de Naciones Unidas (ONU) de 1957 y, en consecuencia, supone la consagración legal de la “ideología del tratamiento”.⁴⁷

El tratamiento penitenciario se regula en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, (LOGP en adelante), en su Título III (artículos 59 a 72). Toda la normativa relativa al tratamiento está íntimamente vinculada a la clasificación de los internos en grados; de hecho, la Ley habla en todo momento de “clasificación en primero, segundo o tercer *grado de tratamiento*”. Sin embargo, el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (Reglamento Penitenciario o RP en adelante) ha desvinculado la regulación del tratamiento de la relativa a la separación y clasificación de los internos.

El artículo 1 LOGP determina cuál es el fin primordial de las instituciones Penitenciarias al disponer que:

Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.

Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados.

⁴⁷ JUANATEY DORADO, C.: *Manual de Derecho Penitenciario*. Iustel, Madrid, 2013, p.119.

Para alcanzar esta finalidad reeducadora y de reinserción social, la LOGP regula el tratamiento penitenciario como “el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”. A través del mismo se pretende hacer del interno “una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades”, y con este fin deberá fomentarse en ellos “una actitud de respeto hacia sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.”⁴⁸

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72.1 de la LOGP, las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en cuatro grados, el último de los cuales es la libertad condicional.

La denominación de este sistema de cumplimiento responde a la idea de una ejecución siguiendo un programa individualizado, diseñado para cada interno en particular en función de sus necesidades y carencias, que se aplica a través de la variable utilización de métodos científicos (médicos, psicológicos, sociológicos, etc.).

El artículo 64.2 LOGP dispone que, una vez recaída sentencia condenatoria, la información anterior (datos documentales, entrevistas, información obtenida mediante la observación...) ha de completarse ya con un estudio científico de la personalidad del observado y, sobre la base de estos estudios e informaciones, ha de procederse a la determinación del tipo criminológico; a la formulación de un diagnóstico de personalidad criminal (capacidad criminal y adaptabilidad social); y a una propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al establecimiento cuyo régimen sea el más adecuado al tratamiento que se le haya indicado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél.

A su vez, el artículo 63 LOGP establece que la clasificación de los penados debe tener en cuenta *“no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”*.

El artículo 102 del Reglamento Penitenciario señala que, para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, que determinará el destino al Establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idónea dentro de aquél.

Así, el artículo 102 del Reglamento Penitenciario dispone que:

Serán clasificados en primer grado los internos que manifiesten una peligrosidad extrema o una clara inadaptación a los regímenes ordinario y abierto. A estos efectos han de valorarse ponderadamente los factores que se indican en el artículo 102.5 RP. Que son:

- a) *Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial.*
- b) *Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.*

⁴⁸ JUANATEY DORADO, C.: *Manual de Derecho Penitenciario. op. cit.* pp. 120 y 121.

c) Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas.

d) Participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas o coacciones.

e) Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo.

f) Introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico.

Serán clasificados en segundo grado los internos en quienes concurran circunstancias sociales y personales de normal convivencia, pero sin capacidad, por el momento, para vivir en semilibertad.

Serán clasificados en tercer grado aquellos internos que por sus circunstancias personales y penitenciarias estén capacitados para llevar una vida en régimen de semilibertad.

En lo que respecta a este último punto, se incluyó la siguiente limitación a la clasificación inicial en tercer grado: para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de su condena pueda ser clasificado en tercer grado, ha de transcurrir un tiempo suficiente que permita un conocimiento adecuado del mismo y la comprobación de la concurrencia en un sentido favorable de las variables a tener en cuenta en el proceso de clasificación, valorándose especialmente el historial delictivo y la integración social del penado.⁴⁹

También es importante mencionar el apartado segundo de este mismo artículo, que dispone que “para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.”

A este respecto cabe mencionar que Adriano, pese a los delitos cometidos, mostró arrepentimiento con las llamadas que realizó tanto a urgencias como a su comandante de la Guardia Civil. Su pena, pese a ser grave ya que se encuentra entre los 4 años y 6 meses y los 6 años y 6 meses, no es de una duración excesiva, y se puede entender que es una persona que no debería tener problema para resocializarse ya que, previamente a la comisión de los delitos, era una persona con un puesto de trabajo que le garantizaba estabilidad y disponía de familia y recursos, por lo que no se puede entender que no estuviese arraigado en la sociedad.

Si bien en la teoría el grado de tratamiento no está automáticamente ligado al régimen de tratamiento, como se explicó previamente, es innegable que están íntimamente ligados, a tal punto que el artículo 74 del Reglamento penitenciario establece lo siguiente al respecto:

Artículo 74. Tipos de régimen.

1.El régimen ordinario se aplicará a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos.

⁴⁹ JUANATEY DORADO, C.: *Manual de Derecho Penitenciario. op. cit.* p.130.

2. El régimen abierto se aplicará a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad.

3. El régimen cerrado se aplicará a los penados clasificados en primer grado por su peligrosidad extrema o manifiesta inadaptación a los regímenes comunes anteriores y a los preventivos en quienes concurran idénticas circunstancias.

1.1. Régimen de los establecimientos penitenciarios.

A continuación, procederé a explicar los distintos regímenes, con el fin de poder establecer cual es el más adecuado a nuestro caso.

El régimen ordinario está regulado en los artículos 76 a 79 del RP. Se cumplirá en establecimientos de cumplimiento de régimen ordinario. La finalidad de estos centros no es la mera retención y custodia, sino también, y fundamentalmente, la ejecución de las penas privativas de libertad según el sistema de individualización científica orientado hacia la reeducación y reinserción social de los condenados.

En términos generales, este régimen se caracteriza por lo siguiente: la separación interior de la población reclusa, que ha de ajustarse, en su caso, a las necesidades o exigencias del tratamiento; los principios de seguridad, orden y disciplina tienen su razón de ser y su límite en el logro de una convivencia ordenada que ha de repercutir, en su caso, en el buen éxito del tratamiento; y el trabajo y la formación se consideran actividades básicas.⁵⁰

En cuanto al régimen abierto, se encuentra regulado en los arts. 80 a 88 del RP. Este está basado en la confianza que se deposita en el interno y en la autorresponsabilidad del mismo. En consecuencia, se caracteriza por la ausencia de controles rígidos y de obstáculos físicos contra la evasión.

En este régimen se da una atenuación de las medidas de control, sin perjuicio del establecimiento de programas de seguimiento y evaluación

Los internos se encuentran en una situación intermedia entre el encierro y la vida en libertad. Pueden salir del establecimiento a realizar actividades laborales, formativas, familiares o similares planificadas por la junta de tratamiento.

Este régimen permite a los internos salir los fines de semana desde las 16 horas del viernes hasta las 8 horas del lunes, como máximo, de acuerdo con lo que dispongan las juntas de tratamiento.

Por último, el régimen cerrado, arts. 89 a 95 y 102.5 RP, es el régimen con condiciones más duras de cumplimiento. Este se cumplirá en establecimientos cerrados, en módulos de régimen cerrado en los establecimientos polivalentes, o en departamentos especiales de centros de cumplimiento de régimen ordinario, con absoluta separación del resto de los internos. Se cumplirá en celdas individuales, con limitación de las actividades en común y un mayor control y vigilancia sobre los internos.

El régimen cerrado, aunque con algunas diferencias dependiendo de cada situación consiste en 20/21 horas en la celda; cacheos con una frecuencia que oscila entre 1 o más veces al día; registros en las celdas con idéntica frecuencia, varios recuentos al día y uno

⁵⁰ JUANATEY DORADO, C.: *Manual de Derecho Penitenciario. op. cit.* p. 91.

de madrugada; traslado con grilletes dentro de la prisión, ausencia de actividades de tratamiento, etc⁵¹.

No es habitual la clasificación inicial en régimen cerrado, si no que actúa más como un método para dar solución a los conflictos violentos dentro de la prisión, ante la realización de actos violentos por parte de la persona presa, así como funciona como amenaza latente de regresión al primer grado, que disuade de realizar este tipo de comportamientos.⁵²

El destino a los centros de régimen cerrado ya sea por clasificación inicial o por regresión de grado, se producirá previa propuesta razonada de la junta de tratamiento y se acordará de nuevo por el Centro Directivo mediante resolución motivada.

Como hemos visto, el régimen abierto es un régimen basado en la confianza en el recluso, el régimen cerrado actúa como elemento disuasorio y se guarda para casos de extrema violencia o inadaptación al resto de regímenes, por último, el régimen ordinario, como su propio nombre indica es el más habitual, en él se establecen medidas de disciplina y orden, pero también se fomenta el trabajo y la formación personal de los reclusos.

1.2. Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (F.I.E.S).

Hay un elemento más que es necesario mencionar antes de determinar el grado de tratamiento. Las fuerzas de seguridad, así como otros colectivos de internos, forman parte de los “Ficheros de Internos de Especial Seguimiento”.

Este F.I.E.S. es un polémico instrumento de control de la Administración penitenciaria, creado por la Circular de 6 de marzo de 1991 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Se empezaron a aplicar con regularidad a partir de 1996, cuando se aprobó la Instrucción 21/1996 de 16 de diciembre dirigido a determinados reclusos a los que, por el delito cometido o por su vida en reclusión, se les suponga un potencial destabilizador del sistema penitenciario.

En concreto, forman parte de este régimen F.I.E.S.:

- F.I.E.S. 1 CD (Control Directo). Personas conflictivas, autoras o inductoras de alteraciones del régimen penitenciario (dentro, fuera o en traslados o diligencias), en los que se haya puesto en peligro la vida o integridad física de funcionarios, autoridades, personal laboral u otros internos.
- F.I.E.S. 2 NA (Narcotraficantes). Personas preventivas o penadas por delitos contra la salud pública (distribución y venta de drogas ilegales), por delitos relacionados con actividades ligadas a esta distribución y venta, o que colaboren y/o apoyen a grupos organizados dedicados a estas actividades.
- F.I.E.S. 3 BA (Bandas Armadas). Personas preventivas o penadas por delitos de terrorismo o vinculación con banda armada., así como quienes apoyan y/o colaboran con éstas.
- F.I.E.S. 4 FS (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de instituciones penitenciarias). se incluyen los internos que pertenecen o han pertenecido a estos

⁵¹ CASTRO ANTONIO, J.L. (Dir.): *Consejo General del Poder Judicial, Derecho Penitenciario II*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2003.pp, 492 y 493.

⁵² CASTRO ANTONIO, J.L. (Dir.): *Consejo General del Poder Judicial, Derecho Penitenciario II*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2003.p, 490.

colectivos profesionales, al exigirse durante su internamiento ciertas particularidades, conforme a lo previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

- F.I.E.S. 5 CE (Características Especiales). Personas con diversas tipologías delictivas (delincuencia internacional, delitos contra la libertad sexual especialmente violentos y con alarma social, contra el ya extinguido deber de prestación social sustitutoria), personas con una evolución positiva en F.I.E.S. 1.

Este artículo 8 de la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, antes citado, señala en su punto 2 que:

El cumplimiento de la prisión preventiva y de las penas privativas de libertad por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se realizarán en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de detenidos o presos.

La Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso administrativo, de 17 de marzo de 2009 (Roj: STS 2555/2009) declaró la nulidad de pleno derecho del apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que contenía normas de carácter general sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados. El anteriormente mencionado Régimen F.I.E.S. De acuerdo con la mencionada sentencia, las «circulares o instrucciones, al carecer de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no son medio idóneo para regular derechos y deberes de los internos en los centros penitenciarios».⁵³

Este Real Decreto modifica el Reglamento Penitenciario; respecto a lo que nos interesa, introduce en el artículo 6 un apartado cuarto, que queda redactado como sigue:

«4. La Administración penitenciaria podrá establecer ficheros de internos que tengan como finalidad garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento, así como la integridad de los internos. En ningún caso la inclusión en dicho fichero determinará por sí misma un régimen de vida distinto de aquél que reglamentariamente corresponda.»

Por lo que, en atención a este artículo, nuestro sujeto, pese a estar clasificado en el F.I.E.S. 4, esto no deberá determinar su régimen de internamiento.

La referida base de datos F.I.E.S. tiene carácter administrativo y, por tanto, los datos que, como consecuencia del seguimiento almacena, están referidos a la situación penal, procesal y penitenciaria, considerándose ésta una prolongación del expediente/protocolo personal penitenciario, que garantiza y asegura una rápida localización de cualquier dato, sin que en ningún caso prejuzgue su clasificación, vede el derecho al tratamiento de los internos, ni suponga la fijación de un sistema de vida distinto de aquel que reglamentariamente le venga determinado.⁵⁴

1.3. Procedimiento de clasificación inicial.

Por último, para determinar el grado de tratamiento de nuestro sujeto, debemos atender a el procedimiento de clasificación inicial en grados. Este está recogido en el artículo 103 RP.

⁵³ Información extraída del Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

⁵⁴ Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

En primer lugar, la propuesta de clasificación inicial, previo estudio del interno, y ponderando todos los factores antes mencionados, la realiza la junta de tratamiento. Órgano que, de acuerdo con el artículo 273 del RP, se encarga de formular, en función del estudio científico de la personalidad de los penados y de los datos e informaciones de que se dispongan, las propuestas razonadas de grado inicial de clasificación y de destino al Establecimiento que corresponda, que se cursarán al Centro Directivo en el plazo de diez días.

Tras ello, el protocolo de clasificación penitenciaria contendrá la propuesta razonada de grado y el programa individualizado de tratamiento, en el que se dará cobertura a las necesidades y carencias detectadas en el interno. En el programa se señalarán expresamente los destinos, actividades, programas educativos, trabajo y actividades ocupacionales o de otro tipo que deba seguir el interno.

Finalmente, la resolución sobre la propuesta de clasificación penitenciaria se dictará, de forma escrita y motivada, por el Centro Directivo en el plazo máximo de dos meses desde su recepción.

1.4. Conclusión.

Visto todo esto, debemos concluir que el grado adecuado para Adriano es el segundo grado de tratamiento, con lo que sería incluido en el régimen ordinario. Esto es así debido a que el primer grado inicialmente en este caso es inaceptable ya que solo se da en casos de extrema gravedad cuando el penado denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial o cuando haya cometido delitos contra la vida o integridad física, entre otros, cometidos en modos o formas especialmente violentos. Este régimen por lo tanto solo se aplica a penados de peligrosidad extrema, o bien en casos de inadaptación a los otros regímenes, lo cual requiere que el penado sea clasificado previamente en otro régimen.

Por otra parte, el tercer grado, que conlleva el régimen abierto, se basa en la confianza y autorregulación del recluso y por regla general no se concede hasta el cumplimiento de la primera cuarta parte de la condena. Aun así, como ya se explicó, para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de su condena pueda ser clasificado en tercer grado, ha de transcurrir un tiempo suficiente que permita un conocimiento adecuado del mismo de tal manera que se observe una evolución positiva en el penado. Además, el penado acaba de cometer un ataque contra la propia vida de su expareja derivada de una situación de que ha sido incapaz de superar una ruptura y podría darse el caso de que, si se le concediese de forma inmediata el tercer grado, sin un adecuado tratamiento previo, pudiese reincidir en esto, ya que además la ha acosado previamente, en lo que podría calificarse como una obsesión. Cabe mencionar también que la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, atendiendo al artículo 72 LOGP, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales.

En otro orden de cosas, una vez clasificado Adriano en el segundo grado de tratamiento, será su deber, tal y como se indica en el artículo 5 del Reglamento Penitenciario, “participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad.

En relación con esto, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP) ha dictado la instrucción 12/2006, de 28 de julio, *sobre programación, evaluación e*

incentivación de actividades y programas de tratamiento. En ella se recoge que es una necesidad el desarrollo de programas específicos de tratamiento que permitan dar respuesta a situaciones muy concretas, como son los programas de violencia de género, (...), etc. que requieren de técnicas especiales y de profesionales cualificados.

Instrucción que va en sintonía con el artículo 42 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Que dice así:

Artículo 42. Administración penitenciaria.

1. La Administración penitenciaria realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género.

2. Las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos a que se refiere el apartado anterior.

Será parte primordial del tratamiento de Adriano, por lo tanto, este tipo de programas formativos.

2. CENTRO DE DESTINO.

Por último, en lo relacionado con el centro de destino, el artículo 7 de la LOGP clasifica los centros penitenciarios en establecimientos de preventivos, de cumplimiento y especiales; a su vez, estos últimos se dividen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de esta misma Ley, en: hospitalarios, psiquiátricos y de rehabilitación social.

Los establecimientos de cumplimiento son centros destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad. Se organizarán separadamente para hombres y mujeres y serán de dos tipos: de régimen ordinario y abierto, conforme al artículo noveno LOGP.

Adriano, al ser clasificado en segundo grado y por lo tanto régimen ordinario, cumplirá su pena en un establecimiento de cumplimiento de régimen ordinario. Con separación del resto de reclusos dado que es un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, en concordancia con el artículo 8 de la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, antes citado.⁵⁵

En cuanto a la determinación geográfica del centro, el artículo 12.1 de la misma Ley Orgánica General Penitenciaria establece que *“La ubicación de los establecimientos penitenciarios será fijada por la administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquellos para satisfacer las necesidades penitenciarias y **evitar el desarraigo social**”*.

Estableciendo en su punto 2 que *“Los establecimientos penitenciarios no deberán acoger más de trescientos cincuenta internos por unidad.”*

Esta alusión a evitar el desarraigo social del penado ya hace referencia implícita a la proximidad del centro penitenciario, ya que esta es la única (o mejor forma) de que este no se produzca. El artículo 42 de la LOGP establece que el interno podrá disfrutar

⁵⁵ El cumplimiento de la prisión preventiva y de las penas privativas de libertad por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se realizarán en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de detenidos o presos.

“como mínimo, dos comunicaciones a la semana, y cuantas permita el horario de trabajo los penados clasificados en tercer grado”. Si bien esto no es estrictamente vinculante al tema que nos ocupa, ya que los familiares se pueden desplazar, sí que es indicativo de la voluntad del legislador de que el interno esté próximo a sus familiares y tenga contacto asiduo con ellos, por considerarse beneficioso para su reintegración en la sociedad y su tratamiento.

Por su parte, la *Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas*⁵⁶(que ha de recalcar que no es vinculante para los Estados Miembros dado su carácter de recomendación), establece en su punto 17.1 que *“Los internos deben ser destinados a prisiones situadas lo más cerca posible de su domicilio o de su centro de reinserción social.”*

En sintonía con esto las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos” (también llamadas reglas Nelson Mandela) establecen, en la Regla 59 que:

En la medida de lo posible, los reclusos serán internados en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar o a su lugar de reinserción social.

Todo esto nos lleva a concluir que, si no concurre causa de fuerza mayor, como, por ejemplo, la falta de espacio suficiente en la prisión, que el centro no cuente con módulo separado para miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad, o que no se den en él las condiciones óptimas para desenvolver las condiciones del grado de tratamiento, Adriano será destinado al centro de cumplimiento de régimen ordinario más cercano geográficamente a su núcleo social, con el fin de evitar el desarraigo.

⁵⁶*Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas*. Adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952 Reunión de los Delegados de los Ministros.

CONCLUSIONES.

1.- La primera figura típica con la que nos encontramos es la de Acoso u hostigamiento persecutorio, del artículo 172 ter del Código Penal.

Se exige para la apreciación de esta figura delictiva actos de vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos, incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, que sean insistentes y reiterados, lo que ha de provocar finalmente una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. Se exige por lo tanto una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima.

Adriano se dedicaba a enviar WhatsApp a su expareja a diario y de forma reiterada, pese a que ella le pide insistentemente que deje de hacerlo e incluso le bloquea. Esto finalmente deriva en un comportamiento obsesivo de Adriano que comienza a seguir de forma reiterada e insistente a Agripina, pese a que ella le había manifestado rotundamente su voluntad de no seguir en contacto con él, llegando incluso a enviarle mensajes con tintes amenazadores como el de “sé en todo momento donde y con quién estás”. Por lo que es innegable la apreciación de esta figura.

Adriano padece en el momento de la comisión del delito de un síndrome ansioso relativo al estrés laboral y presenta un trastorno adaptativo con predominio de la clínica ansiosa. A través de la investigación de estos trastornos llegamos a la conclusión de que, si bien producen un deterioro de determinadas áreas, en ningún momento es lo suficientemente grave, dado los síntomas, para alterar la percepción de Adriano acerca de la licitud y alcance de sus actos. Por lo que no se podrá aplicar la eximente completa por anomalía o alteración psíquica.

Tampoco será apreciable la eximente incompleta por anomalía o alteración psíquica recogida en el art. 21.1 CP, dado que las facultades intelectivas y volitivas no se veían afectadas por sus trastornos.

Sí será apreciable sin embargo la atenuante analógica por anomalía o alteración psíquica, ya que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando no concurren los presupuestos para apreciar la eximente completa o incompleta, pero se detecta una todavía menor intensidad de la imputabilidad, o cuando la disminución carece de intensidad siendo sus efectos leves o de menor incidencia en la imputabilidad del agente, se tomará en consideración como atenuante analógica.

Descartamos también la posible aplicación de la atenuante de arrebató u obcecación, recogida en el art. 21.3 CP, ya que el TS establece que el desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebató u obcecación.

Por último, queda fuera de toda duda la apreciación de la circunstancia agravante del art. 172ter.2 que se aplica si la víctima es “*quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia.*” La apreciación de esta agravante es importante ya que enmarcará el delito ya en la violencia de género.

Tras esto nos situamos en la agresión que realiza Adriano contra Agripina, en la que le realiza dos disparos con su arma reglamentaria.

Llegamos a la conclusión de que existe dolo de matar “animus necandi” por parte de Adriano. Para determinar esto, seguimos el criterio jurisprudencial de la modalidad probatoria de indicios, partiendo del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración del hecho. Siendo así los criterios principales el arma empleada por el agresor; la zona del cuerpo a la que ha sido dirigida la agresión y la consiguiente idoneidad de las heridas ocasionadas para desencadenar un proceso que termine con la muerte del agredido.

También apreciamos alevosía en la actuación de Adriano, ya que dispara por la espalda a la víctima, negando así toda posibilidad de defensa por su parte. Esta circunstancia queda establecida como agravante ordinaria.

La apreciación de alevosía junto con el animus necandi apreciado convertía el caso en una de tentativa de asesinato. Sin embargo, la llamada de Adriano a emergencias con la que evita activamente la muerte de Agripina hace que, de acuerdo con la jurisprudencia reciente del TS, se aprecie desistimiento en su conducta. La figura del desistimiento aparece recogida en el artículo 16.2 CP, y supone la exención de la responsabilidad penal por el delito intentado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ya ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.

Quedan por lo tanto los actos de Adriano relegados a la calificación de lesiones cualificadas del art.148 CP. El art. 148 CP. no tipifica un solo subtipo agravado del delito básico de lesiones del art. 147, sino varios subtipos agravados, cada uno con individualidad propia por los diferentes elementos típicos que cada uno requiere y que les diferencia de los demás. Por lo que el tribunal sentenciador podría apreciar uno, varios o incluso ninguno.

En este caso decidimos que se aprecie este delito por el primer subtipo: utilización de armas o medios que pongan en concreto peligro la salud de la víctima, para poder así apreciar las circunstancias de alevosía y mixta de parentesco como agravantes del caso, ya que si no restaría un desvalor que no se estaría tomando en cuenta a efectos de pena.

No se podrá aplicar a este delito la atenuante analógica por anomalía o alteración psíquica antes mencionada ya que estos hechos fueron posteriores al acoso y Adriano ya no padecía los trastornos citados.

Tampoco se apreciará la atenuante de arrebato u obcecación porque, como vimos previamente, esta circunstancia no se aplica a este tipo de casos.

En conclusión, Adriano, tras realizarse un concurso real por los dos delitos cometidos y tras la apreciación de todas las circunstancias modificativas descritas, quedará finalmente condenado a una pena de un mínimo de 4 años y 6 meses de prisión y a un máximo 6 años y 6 meses de prisión.

Esta pena se impondrá conjunto a las de:

- Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- Prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

Por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave.

Y además llevará acarreada las penas accesorias siguientes:

- Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Suspensión de empleo o cargo público.

Adriano también quedará obligado a reparar la responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios causados.

2.- Respecto a la responsabilidad civil subsidiaria del estado por el uso del arma reglamentaria; esta se excluye expresamente por la jurisprudencia en supuestos de agresiones efectuadas con el arma reglamentaria en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él. Esto, a no ser que existan datos debidamente acreditados de que el arma debió habersele retirado al funcionario por carencia de las condiciones necesarias para su posesión. Es decir, a no ser que el estado hubiera incumplido su responsabilidad “in vigilando”.

La retirada del arma de Adriano cuando este padecía trastornos, y su posterior análisis psicológico por parte de un médico acreditado por la administración que dictaminó el buen estado psicológico de Adriano constatan que no se incumplió esta responsabilidad “in vigilando”.

Esto junto a que la jurisprudencia excluye expresamente las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria en el propio domicilio del agente, hacen que no sea exigible una responsabilidad civil subsidiaria al estado.

3.- Finalmente, debemos determinar las cuestiones penitenciarias relacionadas con el grado de tratamiento y centro de destino.

En primer lugar, Adriano cumplirá en un centro penitenciario ordinario, pero al ser miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, debe estar separado del resto de internos, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Respecto al grado de tratamiento Adriano será clasificado inicialmente en segundo grado. El primer grado de tratamiento es inaceptable de forma inicial, ya que este solo se aplica a penados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación al resto de regímenes.

El tercer grado, que conlleva el régimen abierto, se basa en la confianza y autorregulación del recluso y por regla general no se concede hasta el cumplimiento de la cuarta parte de la condena. Es precipitado concedérselo de forma inicial ya que podría darse el caso de que si se le concediese de forma inmediata el tercer grado, sin un adecuado tratamiento previo, pudiese reincidir.

El segundo grado, que conlleva el régimen ordinario, es por tanto el más adecuado para Adriano. En el llevará a cabo diversas activas formativas y de reinserción social, entre las que destacarán los programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género.

Por último, en lo relacionado con el centro de destino, Adriano irá a un centro de cumplimiento de régimen ordinario. Y en cuanto a la determinación geográfica de este,

será el centro de cumplimiento más próximo a él, siempre y cuando se den en este las condiciones adecuadas de tratamiento y habitabilidad, para evitar así el desarraigo social del penado.

BIBLIOGRAFÍA.

1. DOCTRINA.

ALONSO DE ESCAMILLA, A. MESTRE DELGADO, E. y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: “*DELITOS. La parte especial del Derecho penal.*” (LAMARCA PÉREZ, C., Dir.), Dykinson, S.L., Madrid, 2017.

AL-FAWAL PORTAL, M: *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y enfermedad mental*, Bosch Editor. España, 2013.

ARIAS EIBE, M: “*Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*” Bosch penal. Barcelona, 2007.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J.R.: *Responsabilidad civil del Estado. En especial, actuación de las fuerzas de seguridad del Estado en Responsabilidad civil “ex delicto”*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2005.

BORJA JIMÉNEZ, E.: *La aplicación de las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BORJA JIMÉNEZ, E.: *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

CARMONA SALGADO, C.: *Perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso: (aspectos criminológicos, político criminales, sustantivos y procesales)*, Dykinson, Madrid, 2017.

CASTRO ANTONIO, J.L.: *Derecho Penitenciario II*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2003.

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ: “*Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

FONSECA MORALES, G.M.: *La anomalía o alteración psíquica como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal*. Dykinson S.L., Madrid, 2009.

JAÉN VALLEJO, M.: *Responsabilidad civil subsidiaria del estado (Art.121 CP). Nota sobre el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, núm. 04 ISSN 1695-0194, pp. 1 a 4.

JUANATEY DORADO, C.: *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2013.

MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J.: *Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto”. Indemnización de los daños materiales, corporales y morales*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2005.

MORALES PRATS, F. TAMART SUMALIA, JM. GARCÍA ABELERO, R.: “*Comentarios al nuevo Código Penal*” (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.) Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

POZUELO PEREZ, L.: *“El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

2. TEXTOS LEGALES.

Constitución Española de 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Última modificación: 27 de septiembre de 2011.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24/11/1995. Última modificación: 27 de septiembre de 2011.

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad. BOE núm. 63, de 14/03/1986. Última modificación: 28 de abril de 2015.

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. BOE núm. 239, de 05/10/1979. Última modificación: 1 de julio de 2003.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313, de 29/12/2004. Última modificación: 6 de octubre de 2015.

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. BOE núm. 40, de 15/02/1996. Última modificación: 26 de marzo de 2011.

Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas. Adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952 Reunión de los Delegados de los Ministros.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (reglas Nelson Mandela). Aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 2015.

3. SENTENCIAS.

STS de 8 de mayo de 2017 (Roj: STS 1647/2017).

STS de 18 de abril de 2006 (RJ 2006/2289)

STS de 19 de julio de 2004 (RJ 2004/6039)

STS de 22 septiembre de 2003 (RJ 2003/7439)

STS 836/2009 de 2 de julio de 2009 (LA LEY 125291/2009)

STS 490/2003, de 7 de abril (LA LEY 66997/2003)

STS de 3 de octubre de 2005 (RJ 2005/7390)

STS de 11 de noviembre de 2005 (RJ 2005/292)

STS de 27 de abril de 2000 (RJ 2000/7324)

STS de 20 de junio de 1997 (RJ 1997/4851)

STS de 6 de julio de 1987 (RJ 1987/5173)

STS de 12 de mayo de 1989 (RJ 1989/4184)
STS de 6 de junio de 1990 (RJ 1990/5146)
STS de 26 de mayo de 1995 (RJ 1995/3953)
STS de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004/5930)
STS de 2 de abril de 2003 (RJ 2003/4917)
STS de 3 de mayo de 1988 (RJ 1988,3450)
STS de 12 de diciembre de 2006 (Roj: STS 8460/2006)
STS 1 de diciembre 2004 (RJ 2005/466)
STS 16 de octubre de 1998 (RJ 1998/8084)
STS 18 de octubre de 1999 (RJ 1999/7575)
STS de 27 de noviembre de 2015 (Roj: STS 5421/2015)
STS de 1 de diciembre de 2004 (RJ 2004/466)
STS de 2 de febrero de 2009 (Roj: STS 278/2009)
STS de 30 de septiembre de 2003 (Roj: STS 5841/2003)
STS de 8 de marzo de 2004 (Roj: STS 1558/2004)
STS de 3 de julio de 2006 (Roj: STS 4036/2006)
STS de 26 de diciembre de 2014 (Roj: 5442/2014)
STS de 1 de marzo de 2002 (Roj: STS 1452/2002)
STS de 30 de enero de 2017 (Roj: STS 4357/2017)
STS de 22 de febrero de 2011 (Roj: STS 1501/2011)
STS de 22 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 10261],
STS de 24 de octubre de 1994 [RJ 1994, 8351]
STS de 26 de diciembre de 2014 (Roj: 5442/2014)
STC de 22 de julio de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:41)
STS de 15 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8919)
STS de 23 febrero 1990 (RJ 1990/480]
STS de 22 de julio de 2010. (Roj: STS 4372/2010)
STS de 17 de marzo de 2016 (Roj: STS 2284/2016)
STS de 13 de marzo de 2003 (Roj: STS 1732/2003)
STS de 3 febrero de 2003 (Roj: STS 636/2003)
STS de 13 de junio de 2016 (Roj: STS 2719/2016)

STS de 2 de abril de 2002 (Roj: STS 2320/2002)

STS de 17 de septiembre de 2001 (Roj: STS 6846/2001)

STS de 17 de marzo de 2009 (Roj: STS 2555/2009)

4. FUENTES EN INTERNET.

Estadísticas INE: <http://www.ine.es/> (20/05/2018).

Instituciones penitenciarias: <http://www.institucionpenitenciaria.es/> (08/06/2018)

Xunta de Galicia. Secretaría Xeral de Igualdade: <http://igualdade.xunta.gal/es/> (20/05/2018).

Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/> (20/05/2018 y 13/06/2018).